

LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS SÍMBOLOS NACIONALES. EL DELITO DE ULTRAJE A LA BANDERA¹

Criminal protection of national symbols.
The crime of outrage to the flag

JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS

Universidad de Valladolid

juanmaria.bilbao@uva.es

Cómo citar/Citation

Bilbao Ubillos, J. M.ª (2022).

La protección penal de los símbolos nacionales. El delito de ultraje a la bandera.

Revista Española de Derecho Constitucional, 126, 13-47.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.126.01>

Resumen

La Sentencia 190/2020, de 15 de diciembre, del Tribunal Constitucional ha reabierto el debate sobre la compatibilidad del delito de ultraje a los símbolos nacionales (art. 543 CP) con la garantía constitucional de la libertad ideológica y de expresión. Después de pasar revista a las distintas soluciones que se han adoptado en el derecho comparado, se pone el foco en el tipo penal vigente, muy cuestionado por la mayoría de la doctrina, en sus antecedentes y en su aplicación por los tribunales, tanto en la modalidad de ultraje al himno como en la de ultraje a la bandera. Se cierra el artículo con el análisis de la STC 190/2020 en el caso *Fragoso*, que ya ha recalado en el Tribunal de Estrasburgo.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación PID2020-117503GB-I00, *La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y el sistema político*, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (IP: Xavier Arzoz).

Palabras clave

Símbolos nacionales; sanción penal; libertad de expresión; pluralismo.

Abstract

Sentence 190/2020, of December 15, of the Constitutional Court has reopened the debate on the compatibility of the crime of outrage to national symbols (art. 543 CP) with the constitutional guarantee of ideological freedom and expression. After reviewing the different solutions that have been adopted in comparative law, the focus is set on the current criminal type, much questioned by most of the doctrine, in its antecedents and in its application by the courts, both in the modality of outrage to the anthem and in that of outrage to the flag. The article closes with the analysis of STC 190/2020 in the *Fragoso* case, which has already landed in the Court of Strasbourg

Keywords

National symbols; penal sanctions; freedom of expression; pluralism.

SUMARIO

I. EL ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS EN EL DERECHO COMPARADO. II. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. III. EL DELITO DE ULTRAJES A ESPAÑA O SUS SÍMBOLOS (ARTÍCULO 543 CP): 1. Antecedentes. Breve recapitulación de la evolución del tipo penal en España. 2. Análisis del tipo vigente. IV. LA APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 543 CP: 1. El ultraje al himno nacional. 2. Ultrajes a la bandera nacional. 3. La STC 190/2020, de 15 de diciembre. *Bibliografía*.

A nadie se le oculta que los símbolos² «ocupan un lugar central en la construcción de las naciones», porque representan los valores comunes con los que se identifican sus ciudadanos (Moreno Luzón, 2014). Encarnan esos valores, esa identidad, y contribuyen de ese modo a la integración de la comunidad política³, reforzando los sentimientos de unidad, de pertenencia, de patriotismo, la cohesión espiritual del grupo, en definitiva. Cumplen esa función y por eso se protegen su integridad y su dignidad frente a determinadas agresiones. Llegan incluso a sacralizarse como objetos de culto o devoción. De ahí que sea bastante común la sanción penal de las afrentas con mayor carga ofensiva.

I. EL ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS EN EL DERECHO COMPARADO

Con sanciones más o menos severas y diferente rigor en su aplicación, los ultrajes públicos a la bandera y otros símbolos se tipifican como delitos en la mayoría de los ordenamientos nacionales (España, Italia, Alemania, Austria, Portugal, Argentina, Francia, Rusia, Grecia, México). En los supuestos más graves, con penas privativas de libertad incluso: hasta tres años en Suiza o Alemania; hasta dos años en Grecia, y de uno a cuatro años en Argentina. Aunque lo cierto es que son muy raras las condenas impuestas por este delito.

Pero no faltan excepciones a esta regla y muy relevantes: Estados Unidos, el Reino Unido, Bélgica, Australia o Canadá no castigan la profanación de sus símbolos nacionales, aunque pueden perseguir a quienes cometen estos ultrajes

² En la primera acepción del diccionario de la RAE, se define «símbolo» como «elemento u objeto material que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición, etc.».

³ Vid. R. Smend (1985: 235).

si con esa conducta provocan desórdenes públicos. Pero si la criminalización es polémica, también la impunidad es motivo de controversia, no es precisamente una cuestión pacífica, como vamos a ver.

En Francia es delito el ultraje en público a la bandera o al himno nacional. Ya se había introducido este tipo en 2003 a raíz de los silbidos que se escucharon en 2001 mientras sonaba La Marsellesa durante un encuentro amistoso de fútbol entre las selecciones de Francia y Argelia. Pero la pitada se repitió en 2008, esta vez por la afición tunecina, en otro partido amistoso. Se incorporó entonces un nuevo apartado al art. 433.5 del CP para castigar con una multa de 7500 euros la ofensa o ultraje del himno nacional o la bandera tricolor en el curso de una manifestación organizada o regulada por las autoridades públicas. La sanción se agrava si el hecho es cometido en grupo, ya que en ese caso puede imponerse, además de la multa, una pena de seis meses de prisión.

En julio de 2010 se dio una nueva vuelta de tuerca en la represión de estas conductas con la tipificación como delito del desprecio a la tricolor. Se sancionan con una multa la destrucción, deterioro o utilización de manera degradante de la bandera, en un lugar público o abierto al público; pero también la difusión de las imágenes del hecho, aunque se hubiera cometido en un entorno privado. Siempre que exista un riesgo de perturbación del orden público y se hubiera efectuado con la intención de ultrajar a la ciudadanía⁴.

En Italia las ofensas a la bandera y otros emblemas del Estado (vilipendio con expresiones injuriosas o denigrantes) se castigan con una multa de 1000 a 5000 euros, que podría incrementarse incluso hasta los 10 000 euros si se cometen con ocasión de un evento público o una ceremonia oficial (art. 292 CP). Es más, puede imponerse una pena de hasta dos años de reclusión a quien destruya o deteriore públicamente y de forma intencionada la bandera nacional u otro emblema del Estado (ultraje real, no verbal).

Se considera que estos símbolos son dignos de tutela porque representan el sentimiento nacional y el prestigio del Estado, de sus emblemas y sus instituciones. Son bienes constitucionalmente protegidos, aunque un sector de la doctrina se ha mostrado muy crítico. Vilipendiar es algo más que criticar ásperamente una institución. Es una manifestación de desprecio, un comportamiento

⁴ Esta ley dio respuesta a la publicación de una fotografía que mostraba a un hombre usando una bandera francesa como papel higiénico. Esta foto, que se difundió por Internet, fue premiada en marzo de 2010 en un concurso organizado por la Fnac de Niza sobre el tema de lo políticamente incorrecto. Se presentó una denuncia contra esta foto, pero sin éxito, porque la legislación entonces vigente solo sancionaba el desacato a la bandera en eventos públicos. La exposición de motivos de la ley se refiere a este hecho y a la humillación que supuso ese ataque a un símbolo de la República.

gratuitamente ofensivo: se niega cualquier valor a la entidad que ese símbolo representa, que no merecería ningún respeto. Lo cierto es que este tipo no suele aplicarse y son escasas las condenas⁵.

La jurisprudencia ha subrayado la necesidad del dolo como elemento subjetivo del tipo, esto es, la conciencia y la voluntad de ofender, la intención de denigrar o menospreciar. Es un dato decisivo si la conducta se realiza en un contexto de crítica política contra determinadas decisiones⁶.

En una sentencia dictada el 27 de septiembre de 2000 la Corte Constitucional desestimó una cuestión de legitimidad constitucional planteada por un tribunal militar en relación con un precepto del Código Penal militar que castigaba con una pena privativa de libertad de tres a siete años el vilipendio a la bandera nacional⁷. La Corte entiende que el bien jurídico protegido en estos

⁵ El episodio más conocido fue el protagonizado por Umberto Bossi, exlíder de la Liga Norte. Mediante una sentencia dictada el 22 de junio de 2001 por un tribunal de Como fue condenado a un año y cuatro meses de cárcel (con suspensión condicional de la pena) por vilipendio de la bandera italiana, por proferir en una fiesta de su partido con cientos de asistentes expresiones zafias de menosprecio (como «la bandera tricolor solo la utilizo para limpiarme el culo»). Para el tribunal, «es indiscutible el significado fuertemente ofensivo y la connotación manifiestamente despreciativa de las expresiones utilizadas por el imputado». Más recientemente, un tribunal de Bolzano (sentencia de 10 de octubre de 2014) condenó en primera instancia a tres dirigentes de un movimiento partidario de la secesión del Tirol del Sur a una multa de 3000 euros cada uno por haber vilipendiado la bandera italiana. Los acusados habían difundido en 2010 unos panfletos en alemán con el emblema del partido en los que se veía una escoba que arrastraba dicha bandera, degradada como «basura», para dejar espacio a la bandera del Tirol. Esta decisión fue revocada por la Corte de Apelación de Trento (sentencia de 5 de octubre de 2016), que absolvió a los acusados al entender que su acción fue imprudente y desconsiderada, pero no delictiva (no era una ofensa «premeditada e inequívoca» a la bandera italiana), porque estaba amparada por la libertad de opinión política. Esta sentencia fue recurrida por la Fiscalía y anulada por la Corte de Casación (sentencia de 17 de enero de 2018, n.º 1903), que resaltó la densidad ofensiva de la equiparación de la bandera, cuya reputación y honor son objeto de tutela penal, con la suciedad que se barre con una escoba. La libertad de expresión no ampara «expresiones de injuria o desprecio que lesionen el prestigio o el honor del Estado, de sus emblemas o de sus instituciones» ni las «ofensas groseras y brutales» que no guardan relación con una crítica objetiva.

⁶ A esa conclusión llegó, por ejemplo, el Tribunal de Cagliari en su sentencia de 29 de octubre de 2003: los acusados quemaron una bandera italiana no para burlarse del Estado, sino para expresar su disidencia antimilitarista.

⁷ El acusado era un soldado de guardia que se había dirigido públicamente a tres *carabinieri* diciendo «la bandera italiana me apesta».

casos es la dignidad del símbolo del Estado, como expresión de la dignidad del propio Estado y sus instituciones. Y ese símbolo debe ser objeto de especial respeto en el ámbito militar. Admite que este tipo de delitos suscitan delicados problemas, porque se sitúan en la frontera con el espacio protegido por la libertad de expresión. En este caso, sin embargo, el remitente cuestiona únicamente la entidad de la sanción prevista, sin poner en duda la legitimidad constitucional de un tratamiento más severo cuando el delito es cometido por un militar. Corresponde al legislador tipificar los delitos y fijar las penas en el marco de los principios constitucionales. Y la Corte no debe intervenir salvo que se trate de decisiones manifiestamente irracionales, lo que no sucede en este caso.

En Alemania los símbolos nacionales, tanto los federales como los de los *Länder*, se protegen con severas sanciones penales, con munición de grueso calibre. Así, el art. 90.a del CP («difamación o denigración del Estado y de sus símbolos») fija una sanción de hasta tres años de prisión o multa a quien públicamente en una reunión o mediante la difusión de publicaciones insulte o desprecie maliciosamente a la RFA, a alguno de sus estados o a su orden constitucional o denigre los colores, la bandera, el escudo o el himno de la RFA o de alguno de sus estados (ultraje verbal).

Esa misma pena se prevé para quien «retire, destruya, dañe, inutilice o haga irreconocible una bandera izada en público de la RFA o de alguno de sus estados o un símbolo nacional de la RFA o de alguno de sus estados expuesto públicamente por alguna autoridad o cause de ese modo ello un escándalo público». Se prevé, además, un subtipo agravado, con una pena de hasta cinco años de cárcel o multa, para los supuestos en que el autor se manifieste de forma intencionada «contra la existencia de la RFA o contra los principios constitucionales».

Lo que se protege en este precepto, según el Tribunal Constitucional Federal (TCF), es la dignidad y el prestigio del Estado. En su sentencia de 14 de febrero de 1978, que no tenía por objeto una condena por ultraje (era un asunto relacionado con la publicidad electoral), dijo expresamente que no era incompatible con la libertad de expresión consagrada en el art. 5.1 LFB. Porque el precepto no prohíbe una determinada opinión, que puede expresarse con suficiente claridad de una forma no ofensiva, sino que castiga a quien menosprecie públicamente a la RFA o su orden constitucional.

En la jurisprudencia más reciente se viene imponiendo una interpretación restrictiva del tipo. Así, el Tribunal Federal de Justicia (BGH), en una sentencia fechada el 30 de octubre de 2018, revocó la multa impuesta por un tribunal regional a dos acusados de denigrar gravemente al Estado. En este caso entraba en juego la libertad artística, porque se trataba de una canción de rap titulada «Alemania» y un vídeo producido con ese motivo que se difundió a través de la plataforma YouTube. En uno de los pasajes de la canción se decía «¡Solo

queremos el Reich, mejor conserve su puta República!», y se calificaba la RFA como una «República de mierda». Contenía, asimismo, manifestaciones de aprobación y glorificación del régimen nacionalsocialista. El Tribunal sostiene que la protección del Estado y sus símbolos no debe conducir a una inmunización del Estado contra la crítica e incluso contra el rechazo. La protección de las instituciones debe sopesarse con los derechos fundamentales del acusado (en este caso, la libertad artística, un derecho que está garantizado con una tutela privilegiada, con mayor intensidad aún que la libertad de expresión). Porque la Constitución también garantiza los derechos de quienes no comparten los valores subyacentes al orden constitucional. La sanción penal solo estaría indicada si el Estado es denigrado hasta el punto de poner en peligro su propia existencia, el funcionamiento de sus instituciones o la paz pública.

Esta decisión sigue la pauta marcada por el propio TCF en una sentencia de 7 de marzo de 1990 [BVerfGE 81, 278]. El recurrente era el gerente de una empresa que había vendido numerosos ejemplares del libro *Déjame en paz*, una recopilación de prosa y poesía antimilitarista con caricaturas y *collages*. En la contraportada del libro aparecía un *collage* en el que destacaba la figura de un hombre orinando sobre la bandera federal. El tribunal de distrito impuso al demandante una multa al entender que la imagen es una manifestación de desprecio particularmente lacerante. El tribunal regional superior rechazó la apelación. Y el recurrente acudió al TCF invocando su libertad artística. A su juicio, los tribunales ordinarios habían interpretado el fotomontaje satírico de forma incorrecta, porque no se atacaba al Estado ni a la bandera, sino que la crítica se dirigía contra la militarización de la vida pública.

Para el Tribunal de Karlsruhe las imágenes incriminadas encajan dentro del ámbito protegido por la libertad artística. Pero la preferencia de este derecho no es incondicional. Cuando entra en conflicto con otros intereses constitucionalmente protegidos resulta obligada la ponderación caso por caso. Como Estado liberal, la RFA depende bastante de la identificación de sus ciudadanos con los valores básicos simbolizados en la bandera. Su denigración puede menoscabar la autoridad del Estado necesaria para asegurar la paz interna. Pero en este caso la condena no está justificada. El *collage* es una caricatura, una representación satírica. Y lo propio de este género artístico es exagerar, distorsionar. No se pretendía despreciar la bandera federal y el Estado simbolizado por ella, sino denunciar el militarismo y expresar el rechazo al servicio militar. Al resolver el conflicto, los tribunales no tuvieron en cuenta el efecto de irradiación de la garantía constitucional de la libertad artística⁸.

⁸ En una sentencia del 15 de septiembre de 2008, el TCF revocó las condenas impuestas por dos tribunales de Colonia por violación del derecho a la libertad de expresión del

La Corte Constitucional colombiana abordó con bastante profundidad esta cuestión en una sentencia de 26 de agosto de 2009, que estimó la acción pública de inconstitucionalidad (promovida por dos ciudadanos) contra el art. 461 del CP, que castigaba con multa el ultraje público a los emblemas o símbolos patrios⁹. En una decisión no unánime (dos magistrados salvaron su voto), la Corte llegó a la conclusión de que el tipo penal era inconstitucional porque no superaba el test de proporcionalidad e infringía el principio de legalidad penal¹⁰.

La agresión a un símbolo patrio es una conducta expresiva legítima, que encaja dentro del ámbito de protección del derecho a la libre expresión. Es posible imaginar que la agresión a la bandera o al escudo constituya el recurso simbólico mediante el cual un individuo manifiesta su disconformidad con un Gobierno determinado o con una concreta política. En muchos casos es una forma de protesta, de manifestar el descontento, la frustración o la ira. Muchas pueden considerarse como «formas legítimas de expresión política», de oposición a decisiones o políticas que no se comparten¹¹. Por ese motivo, debe aplicarse un test estricto, muy riguroso, de constitucionalidad.

En cuanto a la exigencia de que la finalidad perseguida sea legítima, este delito forma parte del título relativo a los delitos contra la existencia y seguridad del Estado, de modo que ese sería el interés jurídico protegido. Se trataría

demandante, que había descrito los colores de la bandera de la RFA como «negro-rojo-mostaza». Aunque reconoce que la bandera cumple una función de integración de la comunidad política, en los asuntos públicos se aplica siempre la presunción en favor de la libertad de expresión. Los ciudadanos no están legalmente obligados a compartir los valores constitucionales. Pueden cuestionar los principios constitucionales y reclamar un cambio, pero se confía en la capacidad de la población en su conjunto para hacer frente a esas críticas y rechazarlas (BVerfG, 15-9-2008 - 1 BvR 1565/05).

⁹ Los demandantes sostenían que en un Estado pluralista en el que se garantiza la libertad de expresión no pueden establecerse sanciones como medio para mantener el sentimiento patriótico, porque no es una medida estrictamente necesaria para la finalidad que se persigue.

¹⁰ La inclusión de la expresión «ultrajar» vulnera el principio de tipicidad (*lex certa*), porque incluye contenidos semánticos diversos: desde agresiones físicas que destruyen o dañan el bien objeto de ultraje a otras acciones que se llevan a cabo con la intención de vilipendiar o humillar. La conducta tipificada no cumple, pues, la exigencia de claridad y precisión que impone el principio de legalidad penal.

¹¹ Hemos insistido siempre, recuerda la Corte, en que la libertad de expresión ampara la manifestación pública de opiniones que no coinciden con las mayoritarias o comúnmente aceptadas, o resultan incómodas e incluso repulsivas para la mayoría de la sociedad.

de salvaguardar la existencia y la seguridad del Estado mediante la protección de los símbolos que lo encarnan, y puesto que los ataques a estos símbolos pueden considerarse como una afrenta a lo que estos representan, la decisión del legislador de proteger su integridad recurriendo incluso a sanciones penales no es en principio inconstitucional. Superada esta primera fase del escrutinio, la Corte pasa a analizar la idoneidad del tipo penal. Una conducta como la descrita en el artículo en cuestión no tiene la magnitud suficiente para afectar objetivamente ni a la existencia ni a la seguridad del Estado. Pero sí constituye un medio idóneo para proteger los valores constitucionales que los símbolos patrios representan.

A la hora de examinar la necesidad del tipo penal, recuerda la Corte que la eficacia disuasoria para prevenir ciertas conductas lesivas de bienes jurídicos no es privativa de la sanción penal, sino también de otro tipo de medidas coercitivas de carácter civil o administrativo. Con arreglo al principio de fragmentariedad e intervención mínima, el ejercicio del *ius puniendi* tiene que ser el último recurso que puede utilizar el Estado para controlar las transgresiones de las reglas de convivencia. El legislador no está obligado a criminalizar todas las conductas que suponen un daño o riesgo para la sociedad. Habrá que determinar entonces si en este caso el propósito perseguido, constitucionalmente legítimo, puede alcanzarse, con un grado de eficacia similar, mediante otras medidas menos gravosas. A su juicio, las sanciones administrativas sirven para lograr ese mismo objetivo y no llevan aparejadas las consecuencias negativas de la condena penal, aunque la sanción impuesta sea la misma (una multa)¹².

En resumidas cuentas, la disposición impugnada es inconstitucional porque es innecesaria para la protección de los valores constitucionales asociados a los símbolos patrios, puesto que existen medidas alternativas de carácter no penal que cumplen con la misma finalidad y resultan menos gravosas para los derechos constitucionales en juego.

Para completar esta incursión en el derecho comparado, fijaremos nuestra atención brevemente en dos países de tradición anglosajona, Estados Unidos y Australia, que siguen resistiéndose a reprimir penalmente las afrentas a los símbolos nacionales.

Por lo que concierne a los Estados Unidos, resulta obligada la referencia a la célebre sentencia de la Corte Suprema de 21 de junio de 1989 en el asunto *Texas v. Johnson* (491 US 397), que sostuvo que la quema de la bandera

¹² Resultan menos gravosas porque no acarrear la desaprobación social que conlleva una condena penal, no conllevan penas accesorias y no pueden derivar en privación de libertad, por lo que no suponen una amenaza potencial a la libertad personal del infractor.

norteamericana como forma de expresión política estaba amparada por la primera enmienda. Los hechos que dieron lugar a esta decisión son bien conocidos: en 1984, con motivo de la celebración de la Convención Nacional del Partido Republicano en Dallas, un grupo de extrema izquierda al que pertenecía Gregory Lee Johnson organizó una manifestación para protestar contra las políticas de la Administración Reagan. En el curso de esa manifestación, Johnson prendió fuego a la bandera norteamericana que portaba mientras sus compañeros coreaban consignas contrarias al partido y a Estados Unidos en general. Fue declarado culpable de profanar un objeto protegido por la ley de Texas (por su Código Penal en concreto) y condenado por un tribunal estatal a una pena de un año de prisión y dos mil dólares de multa. Sin embargo, el Tribunal de Apelación del 5.º Circuito en Dallas revocó esa condena argumentando que el Estado no podía condenar a Johnson, pues se trataba de «discurso simbólico» protegido por la primera enmienda, y tampoco imponer por decreto un sentimiento patriótico de unidad y respeto por la bandera o la nación. De ahí que sea el estado de Texas el que figure como recurrente.

Una mayoría de cinco jueces, con una opinión redactada por el «liberal» Brennan, pero secundada por Scalia y Kennedy, record, en primer lugar, que la primera enmienda no solo protege las expresiones orales, el lenguaje verbal, sino también las «conductas expresivas», mediante las cuales se intenta transmitir un mensaje, reconocible por la audiencia. Una tesis ya defendida en decisiones precedentes (exhibición de banderas rojas o brazaletes negros, negativa a saludar a la bandera o quema de la cartilla militar). En este caso era evidente la intención de protestar y, por tanto, esa conducta amparada por la primera enmienda solo puede ser castigada si el Estado demuestra que tiene una razón convincente y neutral para sancionarla. Pues bien, no se aprecia en el relato fáctico la existencia de alteraciones del orden o la paz ni una amenaza inminente de tal perturbación como consecuencia de la quema de la bandera. La expresión de insatisfacción de Johnson con las políticas del Gobierno federal no entra dentro de la categoría de «palabras de lucha» (*fighting words*) que crean un riesgo inminente de disturbios o violencia¹³. Texas ya tiene una ley que prohíbe específicamente este tipo de desórdenes.

Descartada la concurrencia en este caso de un interés estatal en el mantenimiento del orden público, Texas no podía alegar ningún otro motivo convincente. Porque el interés en preservar la bandera como símbolo de la unidad

¹³ Invoca la doctrina establecida en *Brandenburg v. Ohio* (1969). No cabe presumir que toda manifestación provocadora incita al desorden. Ha de tenerse en cuenta el contexto y preguntarse si la expresión está destinada a causar una acción ilegal inminente y es capaz de desencadenar ese resultado.

nacional no tiene entidad suficiente para justificar la condena de Johnson. La restricción de su libertad de expresión política se basó en el contenido y está sujeta, por tanto, a un escrutinio más estricto. La Corte reitera que no corresponde a las autoridades de un régimen democrático determinar el sentido y la orientación de las expresiones de los ciudadanos, prescribir qué es lo ortodoxo o establecer diferencias en función de su contenido. Más concretamente, no se puede prohibir o criminalizar la expresión de una idea porque resulte ofensiva o desagradable para un sector de la sociedad¹⁴. Y se niega a hacer una excepción a esa doctrina solo para la bandera de los Estados Unidos¹⁵. La bandera no se protege sancionando a los disidentes, sino mediante la persuasión y la educación en los valores constitucionales. No hay una respuesta más apropiada frente a quien quema la bandera, añade, que ondear la nuestra y enterrar respetuosamente sus restos. Este fallo determinó la anulación de leyes análogas en 48 de los 50 estados.

¹⁴ La Corte rescata algunos fragmentos de su decisión en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (319 U.S. 624 [1943]): el derecho constitucionalmente garantizado a discrepar, incluso a no estar de acuerdo con el orden establecido, incluye el derecho a expresar públicamente la propia opinión sobre la bandera nacional. Y esa libertad para disentir no puede limitarse a cuestiones que no importan mucho. Se tiene que garantizar también para aquellos asuntos que afectan al mismo corazón del orden social y político, que no corre ningún riesgo de desintegración por esa apuesta en favor de la tolerancia. El Gobierno no puede obligar a nadie a manifestar su respeto hacia la bandera, forzando a las personas a expresar aquello que en realidad no piensan, no creen o no sienten. Las expresiones de patriotismo deben ser voluntarias y espontáneas. La unificación obligatoria de las opiniones conduce a la unanimidad del cementerio. Se comienza eliminando de forma coercitiva la disidencia y se acaba exterminando a los disidentes. Y eso vale también para las expresiones racistas, por virulentas que sean: la primera enmienda protege incluso a quienes cuestionan un principio tan «sagrado» como el carácter odioso de la discriminación racial. En palabras de J. Weinstein (2009: 55), cualquier intento de imponer unas mínimas «normas de urbanidad o cortesía» (*civility norms*) en el discurso público que excluyan ideas ofensivas o insultantes es incompatible con el derecho de cada individuo a participar en la formación de la opinión pública, que constituye el corazón democrático de la libertad de expresión.

¹⁵ En cambio, para Rehnquist (autor de una opinión disidente), la quema de banderas era una acción particularmente reprobable y provocadora, lo que justificaría que se hiciera una excepción. Quienes queman banderas tienen muchas otras formas de transmitir su mensaje de desaprobación. La bandera americana «no representa la opinión de un determinado partido político» ni es una simple «idea» o «punto de vista» que compite en el mercado de las ideas. Millones de norteamericanos la miran con una «reverencia casi mística».

El Congreso respondió ese mismo año con una ley federal de protección de banderas (*Flag Protection Act*) que volvía a incriminar dicho comportamiento. Esa ley fue declarada de nuevo inconstitucional (*US v. Eichmann*, 1990)¹⁶ por la misma mayoría de jueces, y a raíz de ello las Cámaras de varias legislaturas sucesivas (la 104, 105 y 106) han tratado de aprobar una enmienda constitucional para permitir a los estados castigar la profanación de la bandera norteamericana. Desde 1995 se ha intentado en seis ocasiones, y nunca se ha conseguido reunir la mayoría requerida (dos tercios en ambas Cámaras). El más reciente intento fue en junio de 2006 y, tras su aprobación por la Cámara de Representantes, solo faltó un voto en el Senado para lograrlo.

En Australia la profanación de la bandera no es una conducta delictiva o ilícita en sí. Pero ha habido varios intentos de aprobar proyectos de ley para declarar ilegal la quema de la bandera, sin éxito hasta ahora (fracasaron en 2003, 2006 y 2008). En 2016, el Parlamento rechazó un proyecto de Ley de Protección de las Banderas australianas presentado por un diputado, que proponía la reforma de ley de 1953 para tipificar como delito la destrucción o profanación deliberada de la bandera nacional australiana, cuando se puede inferir de las circunstancias concurrentes que la acción tiene por objetivo mostrar públicamente el desprecio por la bandera o la nación australiana. La pena prevista era un mes de prisión o multa. El detonante fue la quema de la bandera nacional en 2015 por defensores de los pueblos aborígenes que denunciaban el genocidio por parte de la población de ascendencia europea, un incidente difundido por los medios de comunicación que muchas personas consideraron gravemente ofensivo¹⁷.

¹⁶ La Corte se reafirma en su convicción de que la ley vulnera el derecho consagrado en la primera enmienda: «[...] la simple destrucción o desfiguración del soporte físico de un símbolo no daña ni afecta al símbolo en sí». Y se muestra firme en su defensa de la libertad de expresión, pese al supuesto «consenso nacional» en favor de una prohibición de la profanación de la bandera reflejado en la aprobación por el Congreso de la ley cuestionada, porque cualquier sugerencia de que el interés del Gobierno en suprimir un determinado discurso adquiere mayor peso a medida que crece la oposición popular a ese discurso es incompatible con un recto entendimiento de la primera enmienda.

¹⁷ En la exposición de motivos del proyecto se alude al enorme apoyo popular de esa iniciativa para proteger el principal símbolo de la nación, una protección que la mayoría de los australianos cree erróneamente que ya existe. Y se recuerda que miles de australianos han luchado y muerto bajo esta bandera en defensa de la nación. Para el diputado Christensen, es una oportunidad para los verdaderos australianos que se sienten afortunados por formar parte de este país. Frente al discurso de una autoproclamada élite que nos obliga a pedir disculpas por todo lo que la nación es y representa. A su juicio, el incidente mencionado fue un ataque diseñado con la intención

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La verdad es que el Tribunal de Estrasburgo aún no ha examinado directamente este asunto en ninguna de sus resoluciones. Solo de forma indirecta o tangencial en un par de casos. En el asunto *Osmani y otros c. la ex República yugoslava de Macedonia*, cerrado con la decisión de inadmisión de 11 de octubre de 2001, el demandante, alcalde de un pueblo de mayoría albanesa, había organizado un acto público en defensa de la utilización oficial de la bandera nacional albanesa. En el curso de esa concentración, Osmani pronunció un discurso apelando a los ciudadanos de origen albanés a proteger su bandera, desplegada en el Ayuntamiento. Los tribunales internos interpretaron que en algunos fragmentos del encendido discurso se incitaba a la violencia. El demandante era consciente de que su llamamiento para impedir que la bandera fuese retirada podía desencadenar una ola de disturbios interétnicos y enfrentamientos con la policía. Y fue condenado a varios años de prisión por incitación al odio nacional, racial y religioso. El Tribunal entiende que su actuación irresponsable jugó un papel importante en los altercados violentos que se produjeron después (con un saldo de tres muertos y numerosos heridos). Y llega a la conclusión de que, dadas las circunstancias, la condena impuesta estaba justificada y no podía calificarse de desproporcionada.

En el caso *Partido Popular Demócrata Cristiano contra Moldavia*, resuelto —desde la perspectiva del art. 11 CEDH— por una sentencia de 2 de febrero de 2010, el Tribunal consideró que no estaba justificada la prohibición de manifestaciones contra «el régimen de ocupación de Putin» por el hecho de que en ellas se quemasen banderas rusas o efigies del presidente de la Federación rusa: «[...] los eslóganes del partido demandante, aunque fueran acompañados por la quema de banderas y fotografías, eran una forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público, la presencia de tropas rusas en el territorio de Moldavia». Y no pueden considerarse razonablemente como una incitación a la violencia, «aunque hubiese quema de banderas y fotografías de líderes rusos»¹⁸.

de ofender, porque eran conscientes de que provocaría la indignación de los australianos patriotas. Considera que la sección 18C de la *Racial Discrimination Act* debería aplicarse a todos por igual. No tiene sentido que proteja a todas las minorías nacionales excepto a los australianos de ascendencia europea. Y termina diciendo que quemar una bandera no es expresarse —*burning a flag is not speaking*—.

¹⁸ El partido demandante, entonces en la oposición, había solicitado autorización para organizar una manifestación para denunciar los abusos cometidos por el

En cualquier caso, en estos supuestos lo que procede es aplicar una de las máximas más conocidas y repetidas de su doctrina jurisprudencial desde el asunto *Handyside* (1976): en una sociedad abierta y pluralista, no solo se protegen las informaciones o ideas acogidas favorablemente por la sociedad o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también (y sobre todo) las opiniones que ofenden, perturban o molestan a las autoridades o a algún sector de la población, que resultan impopulares, heterodoxas, o «políticamente incorrectas». La calidad de un sistema de libertades se pone a prueba cuando se difunden opiniones que resultan provocadoras. No debemos perder nunca de vista la dimensión «contramayoritaria» de la libertad de expresión, un derecho que adquiere pleno sentido cuando se ejerce para disentir de las convicciones (o los sentimientos) dominantes, para decir «lo que la gente no quiere oír» (G. Orwell).

Además, el TEDH ha insistido siempre en que las restricciones al ejercicio de las libertades públicas, sobre todo si son de naturaleza penal, han de interpretarse de forma restrictiva para no producir un efecto de desaliento. Es legítimo proteger las instituciones del Estado, pero las autoridades deben mostrar contención en el uso de la vía penal. En la sentencia dictada en el caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018, los demandantes fueron condenados por quemar públicamente una fotografía de los reyes, pero esta afirmación podría valer *mutatis mutandi* para la quema de una bandera: «[...] se trata de elementos simbólicos que tienen una relación clara y evidente con la crítica política concreta expresada por los demandantes». El acto en cuestión se enmarcaba en el ámbito de una de esas puestas en escena provocadoras que se utilizan cada vez más para llamar la atención de los medios de comunicación.

Gobierno comunista y protestar contra la presencia militar rusa en la región del Transdniéster. Las autoridades locales denegaron la solicitud y los tribunales rechazaron el recurso correspondiente declarando que la prohibición estaba justificada porque los dirigentes de ese partido habían quemado en el pasado una bandera rusa y una efigie del presidente ruso y repartido folletos con eslóganes que incitaban a la violencia.

En la sentencia dictada el 21 de octubre de 2014 en el caso *Murat Vural c. Turquía*, el Tribunal consideró que derramar pintura sobre varias estatuas de Atatürk, el fundador del Estado turco, situadas en lugares públicos no era un acto de vandalismo ni un insulto a la memoria de Atatürk, sino una conducta expresiva amparada por el art. 10 del Convenio.

III. EL DELITO DE ULTRAJES A ESPAÑA O SUS SÍMBOLOS (ARTÍCULO 543 CP)

1. ANTECEDENTES. BREVE RECAPITULACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL EN ESPAÑA

Este delito se introdujo por primera vez en la Ley para la represión de los delitos contra la Patria y el Ejército (1906), la famosa *ley de jurisdicciones*, concretamente en su art. 2: «Los que de palabra, por escrito, por medio de la imprenta, grabado, estampas, alegorías, caricaturas, signos ó alusiones, ultrajaren a la Nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema de su representación serán castigados con la pena de prisión correccional. En la misma pena incurrirán los que cometan iguales delitos contra las regiones, provincias, ciudades y pueblos de España y sus banderas o escudos». Se trataba de proteger a la patria de sus «enemigos internos» (los incipientes nacionalismos periféricos).

Poco después pasaría a formar parte del Código Penal de 1928¹⁹. Derogado este último con el advenimiento de la II República (CP de 1932), dicho delito reapareció en el art. 27 de la Ley de Seguridad del Estado de 1941, que ya distinguía entre los ultrajes realizados con o sin publicidad: los ultrajes a la nación española o al sentimiento de su unidad, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con prisión de uno a cinco años, pero si tuvieren lugar con publicidad, con prisión de cinco a diez años. Se incorpora después al Código Penal de 1944, cuyo art. 123 mantuvo ese criterio: los ultrajes a la nación española o al sentimiento de su unidad, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor, y si tuvieren lugar con publicidad, con la de prisión mayor. Este precepto fue modificado en 1967 para incluir los ultrajes «al Estado o su forma política».

En el Código Penal de 1973 este delito sigue ubicado en el título primero («Delitos contra la seguridad exterior del Estado»), dentro del capítulo dedicado a los delitos de traición. Y la redacción del art. 123 es la misma que en el Código anterior. Se aplicó en casi todos los casos a personas acusadas de ultraje a la bandera de España. Un término este de ultraje que la jurisprudencia entiende como equivalente a injuria, un delito con el que guarda una relación de afinidad indudable. Sirvan como ejemplo las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal

¹⁹ Su art. 231 castigaba con penas de reclusión de uno a diez años los ultrajes a la nación y sus símbolos. Incurrían en ese delito «los que con publicidad, de palabra, por escrito, por medio de la imprenta, grabado, estampas, tarjetas, alegorías, caricaturas, signos o cualquier otro medio de difusión, gritos o alusiones hicieren manifestaciones ofensivas para la unidad de la Patria o ultrajaren a la nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema de su representación integral».

Supremo de 15 de marzo y 3 de noviembre de 1989, que confirmaron las condenas impuestas a manifestantes independentistas que prendieron fuego a la bandera de España, al entender que el ánimo de injuriar se encuentra ínsito en tal conducta. Para el Supremo no puede atribuirse a los actos de destruir o prender fuego a la bandera otro significado que el consciente propósito de ultrajar dicho símbolo (SSTS de 7 de febrero de 1981 y 26 de diciembre de 1996)²⁰.

2. ANÁLISIS DEL TIPO VIGENTE

En España, como en la mayoría de los países, los símbolos nacionales son objeto de tutela penal. El ultraje a España y sus símbolos oficiales se tipifica como delito dentro del título XXI del Código Penal («Delitos contra la Constitución») y no entre los delitos de traición o contra el orden público. En nuestro caso, esa protección se extiende, además, a los símbolos oficiales de las comunidades autónomas en los términos del art. 543 CP: «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».

Para depurar su redacción y ajustar su contenido a la Constitución, se suprimen las referencias al sentimiento de unidad y a la forma política del Estado, se exige en todo caso la publicidad y se descartan las penas privativas de libertad²¹. Es verdad que el impago de la multa puede acarrear una

²⁰ Un criterio que mantiene, asimismo, en su sentencia de 7 de febrero de 1990, que confirmó la condena impuesta a tres concejales de Herri Batasuna. Entiende la sala que la acción de retirar la bandera que ondeaba en la fachada principal del Ayuntamiento de San Sebastián (cortando los cordones que la sujetaban al mástil y llevándosela hacia el interior del edificio) revela la existencia de un *animus iniuriandi*, de un menosprecio al símbolo del Estado español. Con la Constitución en vigor, el Supremo seguía justificando las condenas por este delito con una retórica más propia de otros tiempos: el ultraje a España («Si España es mi madre, yo soy un hijo de puta» era la estrofa de una canción en lengua gallega) supone «una quiebra del respeto reverencial que se debe a la Nación como madre común de todos los españoles» y un ataque a su dignidad (STS de 22 de marzo de 1982)

²¹ Se sigue castigando con prisión esta conducta en el art. 36 del Código Penal militar de 2015: «El militar que ofendiere o ultrajare a España, su Bandera, Himno o alguno de sus símbolos o emblemas, a la Constitución o al Rey, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. Cuando el delito fuere cometido con publicidad, ante una concurrencia de personas o en situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo. En

responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas (art. 53.1 CP), pero no suelen ser multas de elevada cuantía y se abonan sin demasiadas dificultades.

A diferencia del art. 123 del Código de 1973, la redacción actual describe como delictivas o penalmente relevantes «las ofensas o ultrajes», mientras que en las versiones anteriores se limitaba a sancionar el ultraje. La inclusión de las ofensas complica su interpretación, genera más incertidumbre, porque no se sabe exactamente si se equiparan a los ultrajes (como términos sinónimos y redundantes)²² o estos son una modalidad agravada de las ofensas, con lo que se ampliaría el campo de los comportamientos punibles, porque se castigarían las ofensas que no revisten esa gravedad²³.

En todo caso, no se protege la integridad de la bandera como objeto material, sino su valor simbólico, como emblema representativo de la nación española. En este sentido, conviene recordar que la Ley 39/1981, que regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, declara en su art. 1 que «la bandera de España simboliza la nación; es signo de la soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución»²⁴.

El tipo penal del art. 543 CP, de fronteras muy difusas (se censura su vaguedad), ha concitado severas críticas por parte de la doctrina, que no acaba de ponerse de acuerdo sobre cuál es el bien jurídico protegido (honor o dignidad de la nación²⁵, sentimiento colectivo de unidad y pertenencia a una

todo caso se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo». *Vid.* las SSTs (Sala 5.ª) de 16 de febrero de 1995 y de 11 de diciembre de 1997.

²² *Vid.*, en este sentido, Vázquez-Portomeñe (2002: 246) y Santana (2009: 54). Si fuesen conceptos diferentes, tendría que haberse previsto una pena básica en un caso y otra agravada para el otro.

²³ Colocándolo incluso al borde de la inconstitucionalidad, porque ofender tiene un significado sensiblemente más amplio que ultrajar (Rebollo Vargas, 2014: 108-111; Queralt, 1992: 763).

²⁴ No incurrir en este delito quienes infringen la normativa vigente sobre ubicación de banderas (no colocando la bandera española en un despacho o en la fachada de un ayuntamiento, por ejemplo). Esa infracción no pasa de ser un ilícito administrativo (Auto del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Bilbao de 17 de diciembre de 2007), aunque podría tener relevancia penal como un delito de desobediencia, si concurrían todos los requisitos de este (Auto del Juzgado de Instrucción n.º 4 de San Sebastián de 7 de diciembre de 2007; Santana, 2009: 55).

²⁵ Trasladando miméticamente «los conceptos y la forma de tutela propios de los delitos contra el honor de las personas a entes o instituciones supraindividuales» (Tamarit, 2016: 2058).

comunidad²⁶, orden público, orden constitucional²⁷, prestigio de las instituciones). Para Rebollo Vargas²⁸, por ejemplo, se trata de un delito que, además de entrar en franca contradicción con el derecho a la libertad ideológica, resulta «perfectamente prescindible», ya que esas manifestaciones ultrajantes podrían reconducirse a los delitos de desórdenes públicos, de modo que solo serían punibles si provocasen alteraciones del orden público que perturbasen la convivencia. También Muñoz Conde (2021: 814) alude al «origen espurio» y la «posible incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión» de este delito²⁹. No podemos olvidar que nos movemos en el terreno del discurso político, que es objeto de una protección privilegiada, y que las sanciones penales pueden generar un efecto de desaliento (*chilling effect*) en el ejercicio de la libertad de crítica política.

Un sector mayoritario de la doctrina viene defendiendo la supresión de este tipo y de otros que restringen, de manera dudosamente constitucional, el ejercicio de la libertad de expresión en la esfera política o ideológica³⁰, pero lo

²⁶ Para algunos autores, ese sentimiento patriótico de identidad, de identificación con la nación, se vería agraviado por el menosprecio a sus símbolos (Molina Fernández, 2015: 1700).

²⁷ A juicio de Llabrés (2015: 382), «el art. 543 tutela específica y exclusivamente el modelo de organización territorial actualmente vigente».

²⁸ Rebollo Vargas (2014: 126; 2016: 863 y ss.). A su juicio, el bien jurídico protegido en los delitos de ultraje es el mantenimiento del orden público. También Vázquez-Portomeñe considera necesaria una situación de peligro concreto para el orden público (2002: 232). En el mismo sentido, Vives Antón (1996: 2046 y ss.). Y Tamarit (2016: 2058), que sostiene que la conducta típica ha de tener como efecto potencial la alteración de la convivencia ciudadana.

²⁹ En ese mismo sentido se pronuncia Cuerda (2019: 772).

³⁰ *Vid.*, entre otros, Santana (2009: 53-54). Propone esta autora la supresión del delito, porque no protege ningún bien jurídico-penal digno de tutela. Aboga también por su desaparición Rebollo: es un ilícito que carece de «dañosidad o nocividad social», de «antijuridicidad material», si no se perturba la paz pública (2014: 108; 2016: 867-868). Hace suyo el argumentario crítico desgranado en su día por Tamarit (1989: 303 y ss.): mediante la incriminación de los ultrajes a los símbolos del Estado (y otros delitos de opinión) se pretende imponer un presunto consenso social, reprimiendo determinadas formas de disenso. Al fin y al cabo, el supuesto agravio o escarnio público a los símbolos del Estado provoca en otros sectores de la población un sentimiento de indiferencia o de complacencia incluso. Para Llabrés (2015: 381) es un «anacrónico vestigio» de un derecho penal de otras épocas, un cuerpo extraño en una democracia pluralista en la que no tiene cabida la represión penal de las expresiones de disidencia

cierto es ningún órgano judicial ha llegado a plantear una cuestión de inconstitucionalidad (hasta donde yo sé) en relación con este delito³¹. Sí se han presentado algunas iniciativas parlamentarias en este sentido (ERC y Unidas-Podemos han propuesto su derogación)³², y es bien conocida la postura al respecto del Grupo de Estudios de Política Criminal, que ha criticado duramente la incriminación de estas conductas³³.

Los que entre nosotros se posicionan en contra de una respuesta penal proponen la eliminación de este tipo, sin más, pero no suelen considerar como alternativa la sanción administrativa de estas ofensas a los símbolos nacionales (en la línea de lo que sostuvo la Corte Constitucional colombiana). Curiosamente, en el anteproyecto de LOPSC³⁴ se sancionaba como infracción grave, con multas de hasta 30 000 euros, las ofensas o ultrajes a España, sus símbolos

³¹ La sentencia de la AP de Baleares de 15 de junio de 1999, que confirmó en apelación la condena impuesta al recurrente, descartó expresamente esa posibilidad, aduciendo que «el Código Penal que se aplica es de 1995, calificado incluso como el “Código de la Democracia”, no considerando esta Sala oportuno por ello plantear cuestión de anticonstitucionalidad».

³² ERC ha promovido en los últimos años (2008, 2011, 2012 y 2018) varias iniciativas en ese sentido. También Unidas-Podemos presentó en marzo de 2018 una proposición con ese mismo objetivo. En la presente legislatura, el Pleno del Congreso, en su sesión de 27 de octubre de 2020, rechazó la toma en consideración de una proposición de ley orgánica de reforma del Código Penal para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España, presentada por el GP Republicano (*BOCG*, Congreso, serie B, n.º 107-1, de 7-9-2020). Una iniciativa similar fue promovida en el Senado por el GP de ERC-EH Bildu (*BOCG*, Senado, n.º 37, de 2-4-2020). Pero otra iniciativa más reciente, la presentada por el GP Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común «para la protección de la libertad de expresión» (*BOCG*, Congreso, serie B, n.º 149-1, de 19-2-2021) ha sido tomada en consideración —con el apoyo de los diputados socialistas— en la sesión plenaria celebrada el 15 de junio de este año. En ella se propone la derogación del art. 543 CP. En una dirección diametralmente opuesta apunta la PNL relativa al respeto a los símbolos de España y al endurecimiento de las penas del delito de ultraje del art. 543 del CP, presentada por diputados de Vox el 24-7-2020 (lo que se propone es agravar el castigo, «en la línea de nuestros vecinos de la UE»).

³³ En un documento fechado el 6 de octubre de 2019 titulado *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión* (<https://bit.ly/3S2MtWk>) propuso la despenalización de los delitos de injurias, incluido el delito de injurias al rey, y la supresión del delito de ultraje a la bandera por su «nula lesividad y su colisión con derechos constitucionales» (p. 32). *Vid.* Carmona (2016: 6 y ss.).

³⁴ Aprobado por el Gobierno en noviembre de 2013.

y sus instituciones³⁵. Se suprimió del proyecto final porque el informe del CGPJ³⁶ hizo ver que esa conducta ya estaba tipificada como delito, por lo que no se debía introducir como sanción administrativa paralelamente³⁷.

Pero no faltan autores que justifican la existencia de este tipo penal. Benlloch (2001: 182-185), por ejemplo, se pregunta si es legítimo «castigar penalmente la denigración de determinados símbolos nacionales» y si existe «un derecho colectivo —protegible penalmente— a la indemnidad, a la intangibilidad; de algún modo, a la “sacralidad” de determinadas ideas, sentimientos y valores colectivos, extensible a los símbolos que los representan». A su juicio, la respuesta debe ser afirmativa, siempre que esa ofensa sea «altamente irrespetuosa» y afecte a la dignidad de personas individuales, del mismo modo que el público escarnio de las creencias religiosas (art. 525 CP). El escarnio dirigido contra los símbolos nacionales puede redundar en una ofensa a todos aquellos que se identifican como miembros de esa comunidad histórica. Sería una suerte de injuria colectiva³⁸.

Para Troncoso (2018: 152-159), el legislador dispone de un margen de apreciación para proteger penalmente el prestigio de las instituciones a través de la protección de los símbolos, con independencia de que exista o no una incitación al desorden público. Habría que enjuiciar este tipo de conductas (la quema de la bandera o de una foto de los reyes) en el contexto de nuestro país, donde muchas personas que viven en comunidades autónomas con Gobiernos

³⁵ «Las ofensas o ultrajes a España, a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales o a sus instituciones, símbolos, himnos o emblemas, efectuadas por cualquier medio, cuando no sean constitutivos de delito» (art. 35.12). La multa podría ser bastante más elevada que la prevista en el art. 543 CP.

³⁶ Emitido en su reunión del día 27 de febrero de 2014.

³⁷ «No se establece en ningún caso la diferencia entre el delito y la infracción administrativa, lo que plantea problemas relacionados con el principio de *non bis in idem*» (pp. 58 y 107).

³⁸ Admite este autor que, a diferencia del art. 525, que protege cualquier opción personal en materia religiosa, el art. 543 no protege con carácter general cualquier sentimiento de pertenencia a una nación o entidad territorial como manifestación de la libertad ideológica, o como elemento de la propia identidad personal, sino únicamente aquellos que se corresponden con el modelo constitucional vigente. Pero, a su juicio, la solución adoptada por el legislador está justificada: por un lado, «el hecho de que estos sentimientos se hayan plasmado en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía permite presumir que existe en torno a ellos un amplio consenso», por lo que su ofensa puede afectar a un mayor número de personas, y, por otro, se garantiza, así, el propio modelo constitucional, al exigir un deber mínimo de respeto por los símbolos que representan a la nación. Si se protege penalmente el prestigio de las instituciones del Estado, por el mismo motivo deben protegerse sus símbolos.

nacionalistas se ven amenazadas o amedrentadas. Se trata de proteger la libertad de estas personas sometidas al rechazo y a la exclusión política y evitar que puedan sentirse desamparadas por esa percepción de impunidad³⁹.

No creo francamente que la defensa de la dignidad de la nación o el prestigio de las instituciones exija una respuesta penal como la prevista en el art. 543 CP y tampoco la reparación de los sentimientos patrióticos heridos justificada, a mi juicio, esa reacción⁴⁰.

IV. LA APLICACIÓN DEL DELITO TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 543 CP⁴¹

1. ULTRAJE AL HIMNO NACIONAL⁴²

Hay que empezar señalando que los abucheos y pitadas al himno nacional no son una modalidad de protesta con denominación de origen española. Ya

³⁹ En la misma onda, Rollnert (2017: 78-80) recuerda, en relación con la quema del retrato de los reyes, que la libertad ideológica tiene su límite en el mantenimiento del orden público, que excluye no solo la violencia física, sino también «la violencia moral implícita en la quema del símbolo, por sus connotaciones amenazantes e intimidatorias, por incitar indirectamente a la destrucción del orden político por la fuerza». Un Estado debe garantizar a sus ciudadanos «una convivencia pacífica en la que nadie les intimide con la amenaza subliminal implícita en arrojar a la hoguera el símbolo de su identidad política y nacional».

⁴⁰ Con una ciudadanía «cada vez más sensible y menos tolerante a la irreverencia, la sátira o la crítica procaz», la protección de los sentimientos subjetivos supuestamente agravados puede restringir peligrosamente el ejercicio de la libertad de expresión. La protección de los sentimientos religiosos o patrióticos no está justificada «en una política criminal de base liberal y en una sociedad basada en la diversidad cultural», salvo que esté en riesgo la seguridad del colectivo (Alcácer, 2019: 4-5 y 27).

⁴¹ No son objeto de análisis las decisiones relativas a los ultrajes a España o a una comunidad autónoma (directamente, no a sus símbolos), como el Auto dictado el 4-5-2007 por el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Sant Feliu de Guíxols, que archivó la causa abierta a raíz de unas declaraciones del actor Pepe Rubianes («que se metan a España ya por el puto culo a ver si les explota dentro»; «que se vayan a cagar [...] con la puta España») al entender que no iban dirigidas «a España nación, sino a una concepción diferente a la democrática y constitucional», en referencia a «la España golpista de la guerra civil», la que mató a Lorca. Este auto fue revocado por otro de la AP de Barcelona de 30-5-2008, que ordenó al instructor la apertura del juicio oral, pero Rubianes falleció poco después

⁴² Para Llabrés (2015: 386), los ataques a un símbolo no constitucionalizado, como el himno o el escudo, quedarían fuera del tipo penal del 543.

se habían registrado pitadas en los estadios de fútbol franceses, en Inglaterra (protagonizadas por aficionados galeses o escoceses con motivo de enfrentamientos deportivos entre selecciones) o en Italia.

En nuestro país se produjo una pitada masiva al himno nacional en dos finales de la Copa del Rey de fútbol y se abrieron sendos procesos judiciales contra sus promotores. En la primera ocasión (2009), que tuvo como escenario el campo de Mestalla (Valencia), estadio en el que se disputó la final entre el FC Barcelona y el Athletic de Bilbao, la acción penal fue inadmitida. El juez instructor decretó el archivo de las actuaciones al considerar que la pitada estaba amparada por la libertad de expresión y no podía calificarse como una conducta difamatoria, injuriosa o calumniosa, ni mucho menos como una forma de incitar al odio nacional o al ultraje a la nación, por lo que no era merecedora de reproche penal⁴³.

Por lo que concierne a la segunda pitada, la protagonizada en la final de 2015, disputada en el Nou Camp, por los seguidores de esos mismos equipos, la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2018 estimó el recurso de apelación de un empresario catalán, presidente de la entidad Catalunya Acció, condenado como autor de los delitos de injurias a la Corona y ultraje a España (con 7200 euros de multa) por haber publicado un manifiesto en las redes sociales en que se instaba a pitar el himno y al rey. La Sala le absuelve al considerar que el manifiesto no contiene expresiones injuriosas u ofensivas o calificativos hirientes o insultantes que impliquen un menosprecio o un ataque a la honorabilidad del rey o de la institución que encarna; se trataba de aprovechar un evento deportivo al que acudía el rey para, de forma incívica, desafortunada y con manifiesta falta de educación, evidenciar con la pitada su radical desacuerdo ante la imposibilidad de seguir adelante con los planes independentistas.

En la sentencia revocada, la dictada el 21 de diciembre de 2017 por el Juzgado Central de lo Penal n.º1 de la Audiencia Nacional, el magistrado Vázquez Honrubia puso de relieve que los hechos fueron presenciados públicamente por millones de personas y generaron un sentimiento de indignación en gran parte de la población española en cuanto fueron despreciados y rechazados símbolos

⁴³ El Auto del JCI n.º 1 de 15-7-2009 fue confirmado por otro de 21-9-2009 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional. En esta última resolución se señala que en los días previos la entidad querellada Catalunya Acció realizó diversos llamamientos a los seguidores de ambos equipos para que «mostrasen las ansias de libertad de sus respectivas naciones» el día de la final y su apoyo al reconocimiento oficial de las selecciones deportivas nacionales de Cataluña y Euskadi. Para el juez instructor, es claro que los incidentes que se describen no son ejemplo ni de educación ni de civismo, pero ese comportamiento más que desagradable no encaja en el precepto penal.

representativos de su dignidad como pueblo y como nación. A su juicio, para defender la independencia de Cataluña no es necesario menospreciar al rey ni al himno nacional utilizando un evento puramente deportivo. Ni servirse para ello del «lenguaje del odio». Porque de la lectura del manifiesto «resulta un evidente ánimo de excluir de la vida política a quienes no comparten su ideario independentista y esto es lo que transmitió a los espectadores que realizaron materialmente la pitada». Por otra parte, la conducta del acusado pudo suscitar reacciones violentas, aunque no se produjeran en la práctica, creando una situación de riesgo para bienes y personas. En definitiva, su actuación no puede ampararse en la libertad de expresión o ideológica para enmascarar un genuino discurso del odio, excluyente e intolerante, proscrito por los tribunales españoles y europeo.

Con respecto al delito de ultraje al himno nacional, considera que los hechos son perfectamente encuadrables en el tipo penal. Es evidente que la pitada tenía un carácter oprobioso e infamante y, en definitiva, suponía un menosprecio intrínsecamente vejatorio. Además, es un ataque subjetivamente pluriofensivo, pues afecta a todos los españoles que respetan y hacen suyos los símbolos nacionales, los que representan lo que España ha sido y lo que España es. Y el acusado era perfectamente consciente de que estaba agravando, a través de sus símbolos, a España y los españoles que no comparten su credo independentista. Silbar hasta hacer inaudible el himno español no transmite ningún «discurso políticamente articulado», es pura y simplemente demostrar el mayor grado de hostilidad hacia España. En definitiva, la masiva pitada al himno nacional constituye un delito de ultrajes a España.

Creo que la necesaria ponderación entre la protección de un símbolo nacional ultrajado públicamente y la libertad de expresión en la esfera política se resuelve de forma más razonable en la sentencia absolutoria⁴⁴.

2. ULTRAJE A LA BANDERA DE ESPAÑA

No son pocas las condenas impuestas por este delito, y en algunas ocasiones se ha aplicado quizá con excesivo rigor. En la jurisprudencia se sigue equiparando el ultraje con la injuria⁴⁵, y se considera, en general, que el *animus*

⁴⁴ Son «penalmente intrascendentes» conductas como «silbar o abuchear el himno, cantarlo con letra jocosa, no levantarse o darle la espalda durante su interpretación» (Llabrés, *ibid.*).

⁴⁵ Una injuria cualificada o agravada, gravemente ofensiva en el concreto contexto en el que se profiere. No una simple falta de respeto (Muñoz Conde, *ibid.*). Ha de revestir cierta entidad.

inuiendi, como elemento subjetivo del injusto, se encuentra implícito en determinadas conductas, como la de arrastrar, arrojar al suelo, pisotear, rasgar, escupir o quemar una bandera, que por sí mismas resultan objetivamente insultantes o agraviantes⁴⁶. Se exige, en todo caso, un dolo específico, consistente en un propósito inequívoco de menospreciar y ultrajar la bandera⁴⁷.

Son varias las sentencias condenatorias que recalcan que la acción de quemar una bandera no se halla legitimada por el derecho a la libertad de expresión⁴⁸ y rechazan expresamente que pueda invocarse en estos casos el ejercicio legítimo de un derecho como causa de justificación (art. 20.7 CP).

⁴⁶ Se infiere o desprende con toda evidencia de la propia acción o expresión: el hecho de prender fuego a una bandera española denota claramente la intención de ultrajar y denostar lo que es un símbolo de España («[...] sin que por ello sea necesaria una mayor indagación sobre la intención injuriosa con que fue ejecutada la referida ofensa» [STS de 22 de marzo de 1982]).

⁴⁷ Así, en la sentencia de 23 de enero de 2002 de la AP de Guipúzcoa se condenó a una pena de ocho meses de multa (72 000 pesetas) a los dos acusados, que, arropados por un grupo de cincuenta personas y en presencia de varios profesionales de los medios de comunicación, previamente citados al efecto, subieron a la balconada del Palacio de Justicia de San Sebastián y arriaron la bandera de España, arrojándola a la calle mientras las personas concentradas gritaban «Española ez ikurriña bai». La sentencia se esfuerza por aclarar cuál es el dolo exigible para la comisión del delito de ultraje a la bandera nacional: «[...] viene integrado por el conocimiento por parte del agente de hallarse ante semejante símbolo o enseña y la clara conciencia de las acciones ejecutadas o expresiones proferidas, perfectamente adecuadas para la exteriorización del menosprecio, deshonra o injuria propuestos». Se requiere, pues, «el propósito de deshorrar, vejar y menospreciar por cualquiera de los modos o formas que la acción de injuriar admite, como la de arrancar y pisotear la bandera». Ese móvil criminal «ha de deducirse de una serie de factores circunstanciales a través de los cuales se trasluce y exterioriza ese propósito». En este caso, el *animus iniuriandi* está presente de modo manifiesto, como se desprende de la premeditación en la preparación de la acción y el aviso previo a los medios, y del hecho de que el acto reivindicativo no se limitó a arriar la citada enseña, sino que fue arrojada a la calzada en clara muestra de agravio y menosprecio. En la misma línea, la SAP de Tarragona de 8 de noviembre de 2016 confirmó la condena (1440 euros de multa) impuesta a un hombre que se encaramó hasta un balcón en el que ondeaba una bandera de España, la arrancó del mástil y, tras forcejear con la pareja del dueño de la vivienda, la tiró a un contenedor con ánimo de menospreciarla, todo ello en presencia de otros ciudadanos que jaleaban al acusado y gritaban «puta bandera de mierda, putos españoles de mierda». No se aprecia, en cambio, en la STS de 11 de enero de 2017 (asalto al centro cultural Blanquerna).

⁴⁸ *Vid.*, por ejemplo, la STS de 26 de diciembre de 1996, antes citada, o la SAP de Girona de 29 de julio de 2005.

Se exige, en todo caso, que el ultraje se lleve a cabo con publicidad, esto es, que se cometa en un lugar público y en presencia de un grupo de personas, o se difunda o propague por medio de la imprenta, la radiodifusión u otros canales, porque de no darse esa circunstancia la ofensa no trascendería del ámbito privado y resultaría absolutamente inocua⁴⁹. Y que se pruebe lógicamente la participación del acusado en los hechos⁵⁰.

No se consideran típicas conductas que no encierran un significado ofensivo como arriar sin autorización la bandera⁵¹, devolverla (STS de 28 de abril de 1989), colocarla en posición invertida, poner otra en su lugar⁵², guardarla, esconderla, abuchearla, no mostrar respeto, no levantarse a su paso, o darle la espalda, pues la simple falta de la consideración debida a la bandera no alcanza la gravedad requerida para el ultraje⁵³.

⁴⁹ Vid. la SAP de Ourense de 18 de marzo de 2009: la ausencia de este elemento determinó la absolución de los acusados de quemar una bandera española que se encontraba en la Casa Consistorial de Porqueira. Tampoco se cumple esta exigencia cuando la bandera se quema de madrugada en un local cerrado en presencia de tres amigos y un camarero (STS de 16 de diciembre de 1992). O cuando se exclama «qué mal huele la bandera española» y la frase solo es escuchada por dos periodistas que transcriben la frase en sus medios (AAP de Guipúzcoa de 9 de febrero de 2006).

⁵⁰ No acreditada en los casos resueltos por la SAP de Madrid de 5 de junio de 2003, la SAP de A Coruña de 8 de febrero de 2011 o la SAP de Girona de 20 de julio de 2020. Y sí, en cambio, en la SAP de Barcelona de 25 de enero de 2005.

⁵¹ En la SAP de Girona de 20 de julio de 2020, que acaba de citarse, se afirma que «el mero acto de descolgar o incluso tirar al suelo una bandera no puede estimarse constitutivo de ultraje a la bandera». A la única persona a la que podría imputársele, en su caso, este delito es a la persona fotografiada pisoteando la bandera española una vez fue descolgada. Extender la responsabilidad a las personas que descolgaron la bandera exigiría «demostrar que realizaron tal acción a sabiendas de que una vez caída sería pisoteada u objeto de cualquier otra acción claramente ultrajante (escupirla, quemarla, rasgarla)», lo que no sucede en este caso. Sin embargo, la SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2009 sí considera típica la acción consistente en arriar una bandera que ondeaba en el castillo de Montjuic y arrojarla al patio desde arriba, porque de ella se deriva sin género de dudas el *animus injuriandi*.

⁵² Por eso, nos parece censurable la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 5 de Madrid el 25 de enero de 2008, que condenó a una pena de siete meses de multa (1260 euros) a un joven que se limitó a sustituir la bandera constitucional por la republicana en un edificio público de Madrid.

⁵³ Tampoco incurre en este delito, dicho sea de paso, quien exhibe públicamente una bandera con un escudo preconstitucional. En contra de lo que sostuvo el M. Fiscal al denunciar por un presunto delito de ofensa o ultraje a la bandera española a dos dirigentes del partido Falange Española y de las JONS que se habían negado a retirar esa

Se discute en la doctrina en torno a las características que ha de reunir la bandera para merecer la tutela penal. Para unos, solo es punible el ultraje de banderas oficiales que ondeen en un edificio público cumpliendo una función representativa⁵⁴. Para otros, en cambio, es una acción típica la que se comete con cualquier tela o impreso (en soporte de papel o plástico, de cualquier formato) que sea identificable como tal, se encuentre donde se encuentre (en una fiesta, un balcón, una manifestación o un recinto deportivo)⁵⁵.

Un episodio relacionado con este delito de ultraje a los símbolos que tuvo una notable repercusión mediática fue el protagonizado en noviembre de 2018 por el humorista Dani Mateo, que fue denunciado por un sindicato policial por un delito de odio y otro de ultraje a los símbolos nacionales a raíz de un *sketch* en el programa *El Intermedio* en el que fingía estar acatarrado y leía el prospecto de un medicamento gripal para terminar sonándose la nariz con la bandera de España. La Fiscalía pidió el sobreseimiento al considerar que el acto no fue acompañado de conducta violenta alguna ni de otras expresiones o gestos vejatorios o insultantes ni de otros comentarios de desprecio, y se enmarcaba dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión, que permite una cierta dosis de provocación en la crítica, aunque reconoce que produjo una justificada perplejidad e indignación en gran parte de la sociedad⁵⁶. Finalmente, el Juzgado de Instrucción n.º 47 de Madrid archivó la causa abierta contra el cómico. En el auto de sobreseimiento, de 16 de enero de 2019, el juez califica la broma de «muy desafortunada y provocadora», pero, «conforme al principio de intervención mínima del Derecho penal» y a una concepción amplia de la libertad de expresión, «no encaja suficientemente en el artículo 543 del Código Penal al no estar acreditado el ánimo de ultraje».

bandera preconstitucional de los balcones de su sede en Granada, pese a los requerimientos de la Subdelegación de Gobierno. En una sentencia fechada el 18 de octubre de 2006, el Juzgado de lo Penal n.º 5 de Granada concluyó que no se había acreditado que dicha conducta se hubiese realizado con ánimo de deshonorar, ofender o vilipendiar a la bandera nacional.

⁵⁴ Para Rebollo (2016: 875-876), quemar una bandera que no cumple una función oficial o institucional sería una conducta atípica. En el mismo sentido, Tamarit (2016: 2059).

⁵⁵ En esa línea, *vid.* las SSTs de 31 de octubre de 1980 y de 6 de diciembre de 1985 o la SAP de Valencia de 24 de marzo de 1999.

⁵⁶ Recuerda que el *sketch* se incluyó dentro de un programa de televisión de humor satírico e irreverente en torno a noticias de actualidad. Y concluye que «ni por el contexto, ni por el contenido, ni por las circunstancias, ni por los fines perseguidos, se descubre en el hecho ejecutado un propósito ofensivo o de menosprecio a la bandera».

3. LA STC 190/2020, DE 15 DE DICIEMBRE

Esta resolución es una muestra más de la divergencia de criterios entre los magistrados del Constitucional sobre el alcance de la libertad de expresión en determinados contextos, una división que se refleja de forma ostensible en la jurisprudencia más reciente.

Mediante esta sentencia se desestimó el recurso de amparo promovido por un sindicalista contra las sentencias de un juzgado de lo penal de Ferrol y de la Audiencia Provincial de A Coruña, que le condenaron a una pena de siete meses de multa por un delito de ultrajes a España, al entender que la respuesta punitiva fue proporcionada a un mensaje de menosprecio a la bandera que no está amparado por la libertad de expresión.

La sentencia de instancia declaró probado que en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol, durante la ceremonia solemne de izado de la bandera nacional con interpretación del himno nacional, el recurrente, que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, valiéndose de un megáfono, gritó (en gallego) «aquí tenéis el silencio de la puta bandera» y «hay que prenderle fuego a la puta bandera», con ánimo de menospreciarla y ultrajarla. Se reconoce, no obstante, que las expresiones proferidas fueron una 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 diariamente desde hacía meses frente a la fachada principal del arsenal minutos antes de las 8:00 de la mañana, en defensa de los derechos de los trabajadores que se encontraban en huelga en protesta por el impago de los salarios por parte de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones de Defensa en Ferrol⁵⁷. Concluye la sentencia que esos ultrajes de palabra no pueden entenderse amparados por la libertad de expresión, a diferencia de lo que sucedería con otras consignas que se gritaron en esas jornadas de protesta o con las pitadas y abucheos que se venían registrando en el curso de esas concentraciones.

La sentencia dictada en apelación confirmó la condena subrayando que las expresiones eran ofensivas y el ánimo de injuriar se encontraba ínsito en estas. Al tratarse de una ceremonia militar solemne, podían haber alterado la

⁵⁷ El almirante jefe del Arsenal se había dirigido por escrito a una de las organizaciones sindicales que apoyaban la huelga «protestando enérgicamente por la falta de consideración mostrada durante la ceremonia de izado de la bandera». Y en una reunión celebrada el día anterior a los hechos entre el almirante y varios representantes sindicales (entre ellos, el demandante), aquel les pidió rebajar el tono de la protesta durante la ceremonia de izado de la bandera.

normal convivencia ciudadana y en todo caso generaron en el personal militar, ajeno al conflicto laboral, «un intenso sentimiento de humillación».

El demandante de amparo aduce que las resoluciones impugnadas vulneraron sus derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión, al considerar punibles dos manifestaciones verbales inocuas pronunciadas por un dirigente sindical en el marco de una concentración reivindicativa convocada con motivo de un conflicto laboral. Insiste el recurrente en que sus expresiones, que no provocaron ni disturbios ni alteración alguna del orden público, carecían de la gravedad suficiente para justificar una condena penal. Alude de pasada a la controversia que suscita este delito (no faltan sectores doctrinales que dudan de su constitucionalidad). E invoca la doctrina del TEDH sobre la libertad de expresión (en concreto, la relativa a la quema de retratos de representantes políticos) para afirmar que no puede establecerse una protección privilegiada de los símbolos del Estado en una democracia pluralista.

Es muy significativa la postura, favorable al otorgamiento del amparo, del M. Fiscal, porque en la vía judicial previa la Fiscalía había ejercido la acusación. A su juicio, las sentencias impugnadas no ponderaron debidamente ciertos aspectos esenciales para calibrar la necesidad y proporcionalidad de la condena penal; en particular, el contexto, la forma, el lugar, la finalidad y el alcance de la protesta laboral en cuyo ámbito se profririeron las expresiones, así como la condición de representante sindical de este, el contenido de esas expresiones y su finalidad, y el perfil de los destinatarios de estas⁵⁸. Ciertamente las expresiones proferidas pueden considerarse excesivas y ofensivas, pero la condena impuesta resulta desproporcionada atendidas las circunstancias concurrentes. La intención del recurrente era mostrar la insatisfacción de los concentrados por la pasividad de la Administración para la que prestan sus servicios, más que ultrajar un símbolo nacional. La reacción frente a dicha extralimitación no debería producir por su severidad un sacrificio innecesario de esa libertad o un efecto desalentador⁵⁹.

⁵⁸ Para el fiscal, es un factor decisivo el contexto de reivindicación laboral: se trataba de cuestionar la actuación de las autoridades militares, a las que se reprochaba su pasividad ante los incumplimientos de la empresa adjudicataria del servicio de limpieza. Además, el recurrente venía interviniendo en esas protestas en calidad de representante de la Confederación Intersindical Galega y, como tal, ejercitaba su libertad de expresión para defender el interés colectivo de los trabajadores afectados.

⁵⁹ Apela, asimismo, a la STEDH en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* y recuerda que la jurisprudencia del TEDH en los casos de quema de banderas e imágenes de representantes políticos ha recalado que no puede establecerse una protección privilegiada de los símbolos del Estado frente al ejercicio de la libertad de expresión.

Al examinar las pretensiones de las partes (FJ 1), la sentencia dedica una escueta frase a la posición del fiscal, limitándose a señalar que «apoya la pretensión del recurrente con argumentos sustancialmente coincidentes con los expuestos por este, conforme ha quedado reflejado en el relato de antecedentes, al que procede remitirse». Despacha, así, el expediente, sin molestarse en resumir sus alegaciones⁶⁰.

Entrando ya en materia, el Tribunal comienza advirtiendo (FJ 2) que, si bien el recurrente alude al carácter controvertido del delito de ultrajes a España del art. 543 CP, «lo que se discute en el recurso de amparo no es la norma penal aplicada, sino su aplicación judicial al caso concreto». En cualquier caso, añade, esta conducta está tipificada también en los códigos penales de otros Estados miembros de la UE incluso con penas más graves. No se discute, pues, la legitimidad del tipo penal, pero, por si acaso, la sentencia hace una defensa a ultranza de dicha norma: persigue un fin legítimo, no es indeterminada y está prevista en la ley de forma accesible y previsible. No comparte los reparos que la doctrina viene formulando al apunta que «ninguna duda razonada cabe sobre la relevancia y legitimidad de la finalidad del tipo penal, pues se dirige a proteger los símbolos y emblemas del Estado constitucional». Dada su ubicación dentro de los delitos contra la Constitución, este tipo «protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución», en atención a la función de representación que los símbolos y emblemas identificadores de España y sus comunidades autónomas desempeñan⁶¹.

Tras sintetizar su doctrina sobre la libertad ideológica y la libertad de expresión, el Tribunal constata que las sentencias impugnadas sí valoraron como cuestión previa si la conducta enjuiciada constituía o no un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión del acusado. A la hora de revisar la necesaria ponderación entre esa libertad y la protección del interés general que entraña la defensa de los símbolos del Estado, deben tomarse en consideración una serie de elementos.

En primer lugar, el momento en que las expresiones fueron proferidas: el izado de la bandera en un cuartel es una ceremonia especialmente solemne. En segundo lugar, la utilización del término «puta» para calificar a la bandera denota un profundo menosprecio. Pero si, además, se dice «hay que prenderle

⁶⁰ En su voto particular, Ollero llama la atención sobre lo que él denomina «eclipse de Fiscal». Desaparece toda referencia a sus alegaciones. Ni rastro. Para la mayoría, el cambio de criterio de la Fiscalía es irrelevante.

⁶¹ Parece que se adopta un enfoque más próximo a la tutela objetiva del orden constitucional que a la protección de los sentimientos patrióticos de quienes se identifican emocionalmente con esos símbolos.

fuego», el mensaje conlleva una carga no solo de desprecio hacia lo que representa la enseña nacional, sino también de beligerancia y hostilidad. Porque revela una actitud de intolerancia y de exclusión que se proyecta sobre todos aquellos ciudadanos que sientan la bandera como uno de sus símbolos de identidad. Es verdad que este Tribunal y el TEDH han admitido que la libertad de expresión ampara la puesta en escena de actitudes provocadoras, que se utilizan para llamar la atención de la opinión pública y transmitir un mensaje crítico respecto de personalidades con relevancia pública. Pero en este caso no se trata de críticas dirigidas contra autoridades públicas, sino de expresiones objetivamente ofensivas hacia un símbolo nacional. Se da a entender que las críticas dirigidas contra un símbolo del Estado no merecen la misma protección que las dirigidas contra una autoridad pública. El Tribunal no puede soslayar la doctrina del TEDH en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, pero advierte: esto es distinto, es más grave.

En tercer lugar, la sentencia pone el acento en la innecesariedad de las dos expresiones proferidas para defender las reivindicaciones laborales y sobre todo en su falta de conexión con dicha reivindicación, pues no contenían ninguna palabra que permitiera asociarlas con esa finalidad. A diferencia de la consigna «la bandera no paga las facturas», utilizada en ocasiones anteriores, que sí guarda relación con esas reivindicaciones. Finalmente, ha de ponerse también en la balanza el «intenso sentimiento de humillación» que sufrieron los militares presentes en el acto. Atendidas todas las circunstancias concurrentes, se impone una conclusión: la conducta del recurrente no queda amparada por la libertad de expresión⁶².

⁶² A la misma conclusión llegó la SCJN mexicana en la sentencia de 5 de octubre de 2005 que puso fin al caso del «poeta maldito». La mayoría de la Sala Primera (tres magistrados frente a dos) negó el amparo solicitado por Sergio Hernán Witz, que en 2001 había publicado en una revista un poema («Invitación, la patria entre mierda») por el que fue procesado como autor de un delito de ultraje a las insignias nacionales, previsto en el art. 191 del Código Penal Federal. El fragmento que provocó el auto de procesamiento decía: «Yo me seco el orín de la bandera de mi país, este trapo sobre el que se acuestan los perros y que nada representa, salvo tres colores y un águila que me producen un vómito nacionalista, [...] me limpio el culo con la bandera y los invito a hacer lo mismo, verán a la patria entre la mierda de un poeta». Para mayoría, el precepto en cuestión no castiga la opinión disidente sobre los símbolos patrios, sino la injuria, el ultraje. La protección de estos símbolos tiene anclaje constitucional y constituye un límite al ejercicio de la libertad de expresión. Los ministros J. R. Cossío y J. N. Silva formularon un sólido voto de minoría en el que sostuvieron que el tipo penal vulnera la libertad de expresión, porque «posibilita la sanción de conductas que no pueden relacionarse con la necesidad de evitar perturbaciones al

Despejada esa incógnita, el Tribunal pasa a analizar si la condena impuesta al recurrente fue proporcionada a la entidad de la ofensa. La multa impuesta (1260 € en total) fue la mínima legalmente prevista y fue abonada en su totalidad, por lo que no fue necesario activar la responsabilidad personal subsidiaria. La respuesta punitiva result, pues, proporcionada.

Los cinco magistrados que formularon votos particulares discrepantes coinciden en varias de sus apreciaciones. Reprochan a la mayoría, en primer lugar, la escasa atención prestada al contexto en el que se producen los hechos y su empeño en negar la estrecha relación entre el desahogo verbal y el conflicto laboral, desligando la actuación aislada del recurrente de la protesta laboral. Es evidente, a su juicio, la conexión con la finalidad reivindicativa de la concentración en la que participaba. Los manifestantes expresaban su malestar por la pasividad de quienes honraban en ese momento la bandera. Era una forma de presionar a los allí presentes para que se implicaran y mediaran en la solución del conflicto⁶³. Y era el momento en el que, desde fuera del recinto, podían hacer llegar a los militares directamente sus reivindicaciones⁶⁴.

También coinciden en otro punto: la referencia a la bandera pudo ser gratuitamente ofensiva y agresiva, pero no incitaba a la violencia ni generó un riesgo claro e inminente de alteración del orden público o daño alguno para personas o bienes⁶⁵.

orden o a la paz pública, ni de evitar que la gente incite a la comisión de delitos, ni con la necesidad de proteger la moral y los derechos de los terceros». A su juicio, «la pretensión del legislador de imponer, mediante un instrumento que en un Estado democrático es siempre de ultima ratio —el derecho penal—, significados simbólicos ligados esencialmente a las convicciones políticas de los individuos», desconoce esa libertad fundamental. Lo que nos correspondía determinar «no es si el señor Witz escribió un buen o un mal poema», sino «aquello que una persona tiene derecho a decir en México sin sufrir una persecución penal que lo marca de por vida y que lo puede llevar incluso a la cárcel». En todo caso, otorgar el amparo en esta instancia no implicaba declarar con carácter general la inconstitucionalidad del precepto.

⁶³ Para Ollero, es patente la conexión con las reclamaciones de los trabajadores en huelga: «[...] es más, doy por hecho que el almirante la encontró sin especial esfuerzo».

⁶⁴ En ese contexto entra en juego la libertad sindical. Y la doctrina del Tribunal a este respecto es bien conocida: cuando la libertad de expresión se ejerce por los representantes sindicales en el marco de una reivindicación laboral, el ejercicio de ese derecho «alcanza el nivel máximo de protección, convirtiéndose en prácticamente inmune a restricciones que en otros ámbitos serían admisibles» (STC 89/2018).

⁶⁵ Para Conde-Pumpido, las expresiones de menosprecio que se reprochan al demandante «deben enmarcarse en el ámbito de la crítica política a las autoridades militares». No hay dato alguno que permita considerar que su intención fuera «incitar a

Los magistrados disidentes concluyen, en consonancia con la jurisprudencia del TEDH, que la imposición de una sanción penal, aun no siendo privativa de libertad, constituyó en este caso una reacción innecesaria y desproporcionada que produce un efecto desalentador del ejercicio de la libertad de expresión.

Más allá de este común denominador, el rechazo de la restrictiva concepción de las libertades ideológica y de expresión que sustenta la decisión mayoritaria, vale la pena detenerse en algunos pasajes de estos votos particulares.

Llama la atención, por ejemplo, la franqueza de Ollero, autor del borrador de la ponencia original que fue rechazada por la mayoría. Es consciente de que se le suele etiquetar como magistrado conservador y su postura puede sorprender a algunos, pero no hace otra cosa que atenerse al bien conocido art. 10.2 de nuestra Constitución y asumir la jurisprudencia del TEDH («Ahorraba así a mi querida España una nueva condena, como las ya coleccionadas sobre cuestiones similares»)⁶⁶. A su juicio, las expresiones en cuestión estaban destinadas a molestar a la autoridad militar y no a generar odio o intolerancia: «Que España pudiera sentirse ultrajada por esa salida de tono no me parece probable, dado el trivial alcance del reprochable término, que pierde toda substantividad cuando se usa como adjetivo»⁶⁷.

Más enjundia dogmática encierra el voto de los magistrados Xiol Ríos y Balaguer Callejón. Reconocen que las banderas son instrumentos de representación simbólica capaces de generar emociones y sentimientos personales. En este caso, el sentimiento de adhesión a la comunidad política. La cuestión es si el derecho penal es el más adecuado para preservar ese sentimiento, que es digno de protección, frente a quienes profieren expresiones contrarias a dicho símbolo. La

la comisión de actos de violencia, sino que sus desabridas palabras, demasiado usuales en el habla común, han de ser vistas como la expresión simbólica de una insatisfacción y descontento por el escaso apoyo que consideraba estaban recibiendo de los responsables del recinto militar. Se trataba así de dar visibilidad al conflicto laboral».

⁶⁶ De hecho, el asunto *Pablo Fragozo Dacosta contra España* ya está tramitándose en el Tribunal de Estrasburgo. La demanda se presentó el 14 de mayo de 2021 y se comunicó al Gobierno español el 7 de julio. La Sección 3.^a plantea la siguiente pregunta a las partes: «¿Ha habido una violación del derecho del solicitante a la libertad de expresión contraria al artículo 10 del Convenio, teniendo en cuenta, en particular, las circunstancias específicas en las que se utilizaron las expresiones y la sanción penal impuesta?».

⁶⁷ Duda de que cualquiera de sus compañeros del Tribunal sienta mayor afecto que el suyo por nuestra bandera y lo que ella significa, pero le afecta más, personalmente, la situación de los trabajadores a los que se niegan los salarios y no solo ven como sus justas reivindicaciones no son respaldadas por la autoridad militar, sino que esta les abronca por su tenaz empeño manifestante.

sentencia entiende que sí y ellos, en cambio, creen que merece mayor consideración la garantía de la libertad de expresión. Los símbolos tienen un potencial integrador evidente, pero también pueden ser utilizados «con potencial disgregador». La bandera genera un determinado sentimiento en quien la respeta, pero provoca uno igualmente fuerte en quien no lo hace. Si se asume la fuerza simbólica de la bandera, ha de reconocerse que «los actos, gestos y palabras de ataque a la misma también tienen fuerza simbólica y, por ello, son manifestación de una posición ideológica distinta [...] y del ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión».

En relación con la figura prevista en el art. 543 CP, no les parece razonable «formular un juicio positivo de constitucionalidad con el grado de superficialidad con el que lo plantea la sentencia, [...] sin explicar qué razones conducen a esta conclusión, dando por bueno de forma apodíctica el fin legítimo perseguido por el tipo», sin cuestionar ni la necesidad de la medida punitiva en el marco de un Estado democrático del siglo XXI ni su proporcionalidad. Tampoco analiza si no sería más razonable, en el contexto histórico actual, desplazar la protección frente a estos ataques al ámbito del derecho administrativo sancionador, opción esta seguramente más acorde con el carácter de *última ratio*.

Este tipo supone, en suma, «una limitación de las libertades ideológicas y de expresión que podría entenderse como excesiva en la medida en que provoca un claro efecto disuasorio en el ejercicio de los mismos». Porque implica «una exigencia de adhesión a los símbolos que se acerca en exceso a una idea de democracia militante» que la Constitución no consagra. Si no es necesario adherirse a las opciones políticas fundamentales del texto constitucional, menos sentido aún tiene imponer la obligación de adherirse a los símbolos. La utilidad del símbolo político como elemento de integración desaparece cuando la adhesión a este deviene obligatoria ante la amenaza del castigo frente a la expresión de la disidencia. En la medida en que la oposición no violenta a los símbolos nacionales es una forma de ejercer los derechos a la libertad ideológica y de expresión, no debería ser objeto de condena penal.

En la misma línea, Conde-Pumpido sostiene que el bien jurídico que se protege mediante este delito no es el sentimiento subjetivo de ofensa que puedan experimentar determinados ciudadanos, sino únicamente el peligro real e inminente de alteración de la paz pública, de la convivencia. Por eso, allí donde no existe ese riesgo, «las expresiones públicas de desafecto a los símbolos nacionales, cuando están relacionadas con el debate público sobre el orden político y social, deben ser combatidas con una desaprobación social argumentada, pero no mediante la represión penal»⁶⁸.

⁶⁸ Concluye su voto recordando que «la bandera constitucional es la bandera de una Democracia. Y también protege a los que no la aprecian».

Reconociendo que el asunto es vidrioso y muy discutible, me parece más sólida y consistente la postura sostenida por los magistrados de la minoría. No solo por el esfuerzo argumentativo desplegado, de mayor calado, a mi modo de ver, que el desarrollado en la sentencia, sino también por la sensibilidad mostrada en la defensa de la libertad de expresión, que ampara también a quienes pretenden visibilizar su disidencia política⁶⁹. Con un tipo penal «bajo sospecha» lo que procede es una interpretación restrictiva.

Bibliografía

- Alcácer, R. (2019). Símbolos y ofensas: Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21 (15), 1-38.
- Álvarez Rodríguez, I. (2021). Libertad de expresión y ultraje a la bandera de España. Comentario a la STC 190/2020, de 15 de diciembre. *Foro (nueva época)*, 24(1), 343-377.
- Benlloch Petit, G. (2001). El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 54 (1), 175-228.
- Cabellos, M. A. (2021). Un paso adelante y dos atrás: la cambiante jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional sobre libertad de expresión. *Revista Catalana de Dret Públic* [blog], 19-5-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3dS6H7s>.
- Carmona, C. (2016). A vueltas con las propuestas despenalizadoras de ciertas conductas contra determinadas instituciones públicas, organismos de la nación, emblemas y símbolos. *Cuadernos de Política Criminal*, 119, 5-38.
- Cuerda, M. L. (2019). Ultrajes a España. En J. L. González Cussac (coord.). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- González Cussac, J. L. y Vidales, C. (2021). Ultrajes a la bandera y libertad de expresión: consideraciones a propósito de la STC 190/2020, de 15 de diciembre. En *Ciencia penal y generosidad: de lo mexicano a lo universal. Libro homenaje a Carlos Juan Manuel Daza Gómez, in memoriam* (pp. 279-288). Barcelona: Bosch. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv2k058pt.19>.
- Llabrés Fuster, A. (2015). Artículo 543: de los ultrajes a España. En M. Gómez Tomillo y A. Javato (dirs.). *Comentarios Prácticos al Código Penal*, tomo VI (pp. 381-402). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Molina Fernández, F. (coord.) (2015). Ultrajes a España. En *Memento Práctico Penal 2015*. Francis Lefebvre.
- Moreno Luzón, J. (2014). Cuidado con los símbolos. *El País*, 9-1-2014.
- Muñoz Conde, F. (2021). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁶⁹ *Vid.*, en este mismo sentido, Presno (2021), Cabellos (2021), González Cussac y Vidales (2021: 285 y ss.) y Álvarez (2021: 373, 376).

- Presno, M. A. (2021). Hay que prenderle fuego a la puta bandera: breve comentario a la Sentencia 190/2020. *PostC: La PosRevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la era PosCovid19*, 2.
- Queralt Jiménez, J. J. (1992). *Derecho Penal español. Parte Especial*. Madrid: Dykinson y J. M. Bosch.
- Rebollo Vargas, R. (2014). Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España. *Estudios penales y criminológicos*, 34, 81-126.
- (2016). Ultrajes a España. En F. J. Alvarez (dir.). *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial*, tomo IV, *Delitos contra la Constitución* (pp. 883-909). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rollnert, G. (2017). Las llamas del odio: la quema del símbolo y las incongruencias del Tribunal Constitucional. En J. Martín Cubas (coord.). *Constitución, Política y Administración. España 2017, reflexiones para el debate* (pp. 67-80). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Santana Vega, D. M. (2009). El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas ¿Protege algún bien jurídico-penal? *Cuadernos de Política Criminal*, 99, 35-66.
- Smend, R. (1985). *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Tamarit, J. M. (1989). *La libertad ideológica en el Derecho penal*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.
- (2016). Artículo 543. En G. Quintero (dir.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (pp. 2057-2060). Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- Troncoso, A. (2018). Artículo 4. En P. Pérez Tremps y A. Saiz Arnaiz (dirs.). *Comentario a la Constitución Española. 40 Aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, tomo I (pp. 152-159). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vázquez-Portomeñe, F. (2002). Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código Penal). *Estudios Penales y Criminológicos*, 23, 216-252.
- Vives Antón T. S. (dir.) (1996). *Comentarios al Código penal de 1995*, tomo II (pp. 2046-2061). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Weinstein, J. (2009). Extreme speech, public order, and democracy: Lessons from *the masses*. En I. Hare y J. Weinstein (eds.). *Extreme Speech and Democracy* (pp. 23-61). New York: Oxford University. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199548781.003.0003>.