

BASES PARA UNA INTERPRETACIÓN CRÍTICA DEL DELITO DE ULTRAJES A ESPAÑA

R. Rebollo Vargas

Catedrático Acreditado de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: En el presente trabajo se proponen distintos criterios para la interpretación restrictiva del delito de ultrajes a España, tanto desde la perspectiva del bien jurídico objeto de protección, como desde el análisis de los elementos típicos del precepto.

Palabras clave: ofensas y ultrajes a España, interpretación del bien jurídico, injurias, público-publicidad, banderas, símbolos y emblemas.

Abstract: this essay, alternative approaches for the restrictive interpretation of the crime of outrages upon Spain are proposed, both from the perspective of the legally protected, and from the analysis of the typical elements of the provision

Keywords: insults and outrages upon Spain, interpretation of the legal, libel, public-advertising, flags, symbols and emblems.

Sumario: I. La constitucionalización de los símbolos del Estado. II. La ley sobre represión de los delitos contra la patria y el ejército y su

Recibido: mayo 2014. Aceptado: julio 2014

influencia en los distintos códigos penales. III. El bien jurídico protegido en el delito de ultrajes a España. IV. Análisis del tipo. 1. *Las ofensas o ultrajes: las dudas sobre la constitucionalidad del modo comisivo de la ofensas*. 2. *El animus inuiriandi*. 3. *La publicidad*. 4. *El ultraje de palabra, por escrito o de hecho*. 5 *Un elemento adicional en la interpretación restrictiva del tipo: el uso público u oficial de las banderas*. 6. *Las causas de justificación en el delito de ultrajes a la bandera*. V. Conclusiones finales.

I. La constitucionalización de los símbolos del Estado

El artículo 4 de la Constitución Española establece las características de la bandera de España y junto a ella incluye las de las Comunidades Autónomas como símbolos de identidad colectiva, con la particularidad de que el reconocimiento constitucional de los símbolos de las Comunidades Autónomas no tiene precedentes en el constitucionalismo español ni en el Derecho comparado europeo¹; por otro lado, el artículo 543 del Código penal incrimina los ultrajes a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas efectuados con publicidad. Nótese que, a diferencia de la Carta Magna donde únicamente se hace referencia la bandera de España y de las Comunidades Autónomas, en el Código penal el objeto del comportamiento típico recae también sobre los símbolos o emblemas.

La Constitución de 1931 fue la primera que incluyó en su articulado una mención expresa a la bandera. En el último párrafo de su artículo 1 disponía que: “*la bandera de la República española, es roja, amarilla y morada*”, posteriormente, en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Estado, de 1 de enero de 1967, se vuelve a asumir la bandera roja y amarilla; opción que, finalmente, se constitucionaliza en el artículo 4 de nuestra Carta Magna.

1 STC 94/1985, de 29 de julio. Al respecto, vid., GARRORENA MORALES, A., “Los símbolos de las Comunidades Autónomas y la función del Derecho”, en *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional (Libro Homenaje al Prof. Gumersindo Trujillo)*, Valencia, 2005, págs. 1026-1027.

La bandera española fue objeto de viva polémica, a pesar de su aceptación durante la transición por amplios sectores de la izquierda; es más, el hecho de consensuar un símbolo que desde un punto de vista jurídico “*encarnase la unidad del España y que la representase de forma unitaria*”², supuso un importante esfuerzo para el constituyente. Una muestra de ese consenso constitucional son las palabras de SOLÉ TURA en el Congreso al afirmar: “*España es una realidad multiforme, pero es una realidad, y es tarea de todos hacer que incluso sus propios símbolos, sean reconocidos como tales*”; a lo que añade: “*...Es cierto que hay dificultades, para qué ignorarlas; es cierto que existen, porque durante mucho tiempo los símbolos de ese Estado han sido símbolos de opresión, pero es tarea de todos terminar con esa concepción, con esa visión, y hacer que esos símbolos sean considerados por todos como cosa propia*”³.

Me ha parecido oportuno reproducir literalmente la intervención del Profesor SOLÉ TURA porque, a mi entender, en ella subyace una parte del, llamémosle así, problema de las banderas⁴. Polémica a la que indirectamente contribuían opiniones menos relativistas de otros que entendían que los símbolos implicaban la: “*adhesión del pueblo al Estado... ya que el simbolismo cumple además una importante función de canalización y exaltación del patriotismo... El alcance simbólico de la bandera entraña mediante la exhibición de su cromatismo, la rememoración del*

2 ENTRENA CUESTA, R., en *Comentarios a la Constitución (GARRIDO FALLA y otros)*, T. I, Madrid, 1980, pág. 62.

3 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas, sesión nº 3, nº 61, 9 de mayo de 1978, pág. 2110.

4 Vid., SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, J.J., en *Comentarios a la Constitución Española -XXX Aniversario-*, (CASAS, M.E. –RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., Directores), Madrid, 2009, pág. 77, quien afirma: “*La aceptación de la bandera tradicional, utilizada asimismo durante el franquismo, por todas las fuerzas políticas, debe verse en este caso concreto una expresión de la generosidad de las fuerzas de izquierda*”.

*pasado histórico nacional, de sus glorias, y sacrificios, de la voluntad de continuar esa historia común*⁵”.

Sea como fuere, lo indiscutible es que la voluntad integradora del legislador constituyente alrededor de los símbolos de España como uno de los mecanismos de vertebración del Estado, no ha encontrado el consenso al que aspiraban en aquél momento ya que el objetivo de éste no era otro que el de lograr una aceptación generalizada de la bandera que, superando antiguos enfrentamientos, se entendiera como un símbolo común de todos los españoles. Motivo que explica que, ésta, fuera el único símbolo constitucionalizado en el artículo 4 de la Carta Magna y no, así, el himno nacional, ni el escudo⁶.

Creo, como afirma GARCÍA PELAYO⁷, que un objeto (la bandera) puede tener significaciones distintas que sólo se aclaran mediante la referencia simbólica que determinadas personas vean en ella y, a la vez, puede tener significaciones para un sujeto y no tenerlas para otros⁸. Es más, el símbolo sólo tiene vigencia en cuanto significa algo; pero, además, los símbolos —si son ajenos— pueden resultar absolutamente indiferentes y, en ocasiones, antagónicos. Símbolos ajenos que lo único que despiertan son sensaciones, en algún caso, de indiferencia absoluta y que, en otras, no se admiten como propios porque, se dice, representan

5 LUCAS VERDU, P. “Artículo 4. Símbolos políticos”, en *Comentarios a la Constitución Española* (Dirigidos por ALZAGA VILLAMIL, O.), T. I, Madrid, 1996, págs.288-289.

6 GARRORENA MORALES, A., “Los símbolos de las Comunidades Autónomas y la función del Derecho”, ob. cit., págs. 1023-1024. Igualmente, vid., SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, J.J., en *Comentarios a la Constitución Española -XXX Aniversario-*, pág. 76, quien trae a colación el debate en la Comisión Mixta Congreso-Senado, donde no se tiene en consideración una referencia al escudo nacional que había sido introducida por el Senado.

7 GARCÍA PELAYO, M., “Ensayo de una teoría de los símbolos políticos”, en *Mitos y símbolos políticos, Obras Completas*, T. I, Madrid, 1991, págs. 987 y ss..

8 VERNET I LLOBET, J., “Símbolos y fiestas nacionales en España”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, nº 12-13, 2003-2004, págs. 102 y ss.

a otra comunidad distinta hasta el punto de que pueden ser antagónicos a los que se consideran propios, ya que si los símbolos son de los que se suponen “*enemigos*”, los cargamos de significaciones negativas⁹.

Para HOBBSAWN algunas tradiciones que se proclaman como antiguas, con frecuencia, tienen un origen reciente y, algunas veces, son inventadas. Esa fórmula, “tradición inventada”, continúa el propio HOBBSAWN, se usa en sentido amplio pero no impreciso e incluye a las tradiciones realmente inventadas, construidas e instituidas de manera formal, junto a aquellas que surgen de un modo menos rastreable dentro de un periodo breve e identificable —en unos cuantos años— y que por sí mismas se establecen con gran rapidez. El propósito de esas tradiciones inventadas es el de “*inculcar ciertos valores y normas de comportamiento por medio de la repetición, lo que implica de manera automática una continuidad con el pasado*”¹⁰. Una muestra de esa llamada tradición inventada es el proceso de creación de himnos, banderas, ceremonias conmemorativas, etc. por parte de la mayoría de los Estados europeos del XIX en el que, como veremos seguidamente, España, no es ninguna excepción¹¹. Proceso de creación que culmina en las décadas inmediatamente anteriores a 1900, pero que se había iniciado unos cien años antes¹².

El origen de la actual bandera de España se debe a Carlos III, quien mediante un Real Decreto de 28 de mayo de 1785

9 GARCÍA PELAYO, M., “Ensayo de una teoría de los símbolos políticos”, ob. cit., págs. 990, 994.

10 HOBBSAWN, E. “Introducción: la invención de la tradición”, en *La invención de la tradición* (HOBBSAWN, E. – RANGER, T. (editores), Barcelona, 2002, págs. 7-8.

11 A este respecto es particularmente ilustrativa la frase que reproduce HOBBSAWN atribuida a uno de los artífices de la unificación italiana, Massimo Taparelli, Marqués de Azeglio: “*Hemos hecho Italia: ahora debemos hacer italianos*”. Vid., ampliamente, HOBBSAWN, E., “La fabricación en serie de tradiciones: Europa (1870-1914), en *La invención de las tradiciones*, ob. cit., pág. 273 y ss, 277.

12 ÁLVAREZ JUNCO, J., *Mater Dolorosa. La idea de España en el Siglo XIX*, 4ª ed., 2002, pág. 552.

dispone la utilización por la marina de guerra de una enseña con los colores rojo y amarillo, compuesta por tres franjas horizontales, rojas en los extremos y amarilla, de doble anchura, en el centro¹³. Es, sin embargo, Carlos IV quien, mediante un Real Decreto de 8 de marzo de 1793, hace extensivo el uso de la bandera rojigualda a las: “*plazas marítimas, castillos y defensas de las costas*”; aunque no es hasta la Guerra de la Independencia cuando se hace más frecuente su utilización ya que se convierte en un símbolo de resistencia contra los franceses, hasta el punto de ser oficializada como los colores de las Cortes de Cádiz y de la Milicia Nacional. Sin embargo, es en 1843, en el periodo de Regencia del General Espartero, cuando se promulga el Real Decreto de 13 de octubre de 1843, que dispone la sustitución de todas las enseñas del Ejército por otras nuevas rojigualdas.

La razón de esa sustitución es que la bandera rojigualda había ido tomando carácter de símbolo liberal frente a las blancas, también utilizadas por los Carlistas. Ahora bien, ello no significa que hubiera una bandera nacional, ya que su valor seguía siendo exclusivamente militar. A partir de ese momento, con los vaivenes propios de la convulsa historia de España de esa época, se suceden distintos episodios hasta que algunos sectores de izquierda le añaden una franja morada en reconocimiento de los comuneros castellanos, para llegar a utilizarse indistintamente la bandera tricolor y la rojigualda durante el breve periodo de la primera República. No obstante, ya con la Restauración, se vuelve a utilizar exclusivamente la bandera roja y amarilla. Pero, no es hasta 1908 cuando se dispone oficialmente que la bandera ondee en todos los edificios públicos, y, es en 1927 cuando se dispone que ondee también en los buques mercantes¹⁴. Como es sabido, la bandera se vuelve a sustituir durante la II República para, poco después, volver a asumirse la anterior por el régimen del General

13 VERNET I LLOBET, J., Símbolos y fiestas nacionales en España”, ob. cit., pág. 103.

14 O’DONELL Y DUQUE DE ESTRADA, H., “La bandera. Su significado a lo largo de la historia”, en *Símbolos de España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 229 y ss.

Franco. Así, mediante Decreto de 29 de agosto de 1939 (artículo único), la Junta de Defensa Nacional recupera la bandera anterior en los siguientes términos: “*se restablece la bandera bicolor, roja y gualda como bandera de España*”¹⁵. El 1 de enero de 1967, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Estado, hace propia la bandera roja y gualda para, finalmente, constitucionalizarse en el artículo 4 de la Carta Magna, que se desarrolla mediante la Ley 39/1981, Ley por la que se regula el uso de la bandera de España y de otras banderas y enseñas¹⁶, a la que más adelante nos referiremos.

Si los avatares de la bandera española son particulares, otro tanto sucede con el himno nacional, conocido como: la *marcha granadera*. La primera duda que surge con respecto a su origen es la veracidad de la extendida leyenda, infundada desde un punto de vista histórico, de que se trató de un regalo que el Rey Federico II de Prusia había ofrecido a Carlos III¹⁷; sea como fuere, la primera referencia documental de la que se dispone es como un tipo de toque militar en 1749, aunque no aparece recogida de manera oficial hasta las Ordenanzas Generales de 1762, como un toque de guerra. Como hemos mencionado, el S. XIX fue una época especialmente azarosa de la historia de España hasta el punto de que durante el trienio liberal, el Rey Fernando VII, tras el levantamiento de Cabezas de San Juan, declaró en 1822 como himno nacional de España el Himno de Riego que, desde entonces, ha sido el himno que simboliza la oposición a la Monarquía; de ahí, su carácter oficial durante la Primera (1873) y la Segunda República (1931-1939). En todo caso, es durante el reinado de Isabel II, cuando se ejecuta por primera vez con un carácter no estrictamente militar la marcha real que, en realidad, era la música con algunas variantes de la marcha granadera, pero no es hasta el levantamiento del General Prim cuando la marcha real se utiliza como himno nacional. Partitura que es sometida a

15 O'DONELL Y DUQUE DE ESTRADA, H., “La bandera. Su significado a lo largo de la historia”, ob. cit., pág. 357.

16 ÁLVAREZ JUNCO, J. *Mater Dolorosa. La idea de España en el Siglo XIX*, ob. cit., pág. 554.

17 LOLO, B., “El Himno”, en *Símbolos de España*, ob. cit., págs. 382-383.

permanentes revisiones, adaptaciones y arreglos musicales, hasta que en 1908 el músico militar Pérez Casas realiza una nueva armonización y la Marcha Real es elevada al rango de himno nacional¹⁸. Posteriormente, una vez exiliado Alfonso XIII, en enero de 1932, el propio Bartolomé Pérez Casas la registra en la Sociedad General de Autores como creación propia, gracias a lo cual sus herederos cobraron derechos de autor hasta finales del Siglo XX¹⁹. Aprovechando la sublevación militar, el General Franco restablece la marcha granadera como himno nacional, mediante Decreto de 27 de febrero de 1937, y, más tarde, el Decreto de 17 de julio de 1942 vuelve a ratificarla como himno nacional español²⁰.

Finalmente, el escudo de armas fue definido en términos heráldicos por la Ley 33/ 1981, de 5 de octubre, Ley del Escudo de España²¹ y, posteriormente, el Real Decreto 2964/1981, de 18 de diciembre, hace público el modelo oficial del Escudo²².

En todo caso, el único símbolo constitucionalizado en la actual Carta Magna es la bandera²³, quedando fuera del texto el

18 LOLO, B., “El Himno”, en *Símbolos de España*, ob. cit., pág. 447.

19 ÁLVAREZ JUNCO, J. *Mater Dolorosa. La idea de España en el Siglo XIX*, ob. cit., pág. 555. En el año 1997, durante el Gobierno presidido por José María Aznar, el Estado recupera los derechos de propiedad sobre el himno nacional, gracias a lo cual los herederos de Pérez Casas reciben una importante compensación económica. Vid., Real Decreto 1543/1997, de 3 de octubre, sobre adquisición por el Estado de los derechos de explotación de determinadas obras musicales, quien encomienda de su administración al Ministerio de Educación y Cultura, BOE, 10 de octubre de 1997, págs. 29461-29462.

20 Decreto por el que se funden las disposiciones vigentes en lo que respecta al Himno Nacional, Cantos Nacionales y Saludos, BOE, nº 202, 21 de julio de 1942, pág. 5346, Artículo 1: “*Queda declarado Himno Nacional el que lo fue hasta el catorce de abril de 1931 conocido por “Marcha Granadera”, que se titulará Himno Nacional y será ejecutado en los actos oficiales, tributándose la solemnidad, acatamiento y respeto que el culto a la patria requiere*”.

21 BOE nº 250, 19 de octubre de 1981, pág. 24477

22 BOE nº 303, 19 de diciembre de 1981, pág. 29729.

23 Vid., Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución, nº 41, 22 de agosto de 1978, pág. 1678 la inolvidable intervención del Senador Fidel

himno nacional y el escudo²⁴, probablemente porque si bien la bandera llegó a reunir un indiscutible consenso constitucional no sucedió lo mismo con los otros símbolos, a pesar de que la oportunidad de constitucionalizar el escudo llegó a debatirse en la Comisión Mixta Congreso-Senado. Es probable que las razones del desacuerdo no fueran otras que, hasta entonces, el castigo de cualquier forma de disidencia política o las sanciones extraordinariamente severas por la mera exteriorización de pensamientos contrarios al sentimiento nacional uniforme, estaban todavía muy presentes en la sociedad española y, por lo tanto, se entendía que esos símbolos tenían una indudable vinculación al régimen del General Franco.

En todo caso, trayendo a colación nuevamente a HOBBS-BAWN cabe preguntarse si los símbolos o, como mínimo, algunos símbolos son tradiciones inventadas²⁵, lo cual puede ser otro de los motivos por los que su consolidación en la sociedad española no ha sido similar a la de otros países o, como apunta, ÁLVAREZ JUNCO, si el Estado, la unidad política, subsistió, es que la nacionalización había logrado algún éxito. Si, por el contrario, se fragmentó —o existen serias tensiones en esa dirección—, es que la construcción de la nación fue débil. Así, continúa, en el

Carazo Hernández: “...la bandera, madre augusta y fecunda, vive la vigilia permanente de todas las horas, tristes o alegres de la Patria. Desde sus mástiles imbatibles preside las fiestas nacionales y lugareñas... Esa bandera es la más soberana razón, el único argumento para la soberanía del pueblo que quiso y supo ser el genio de la raza; descubridor de un mundo y hoguera incandescente donde se templó el acero más civilizador de toda una época, poco menos que milenaria”. Vid., igualmente, refiriéndose al discurso del Senador Carazo, VERNET I LLOBET, J., Símbolos y fiestas nacionales en España”, ob. cit., pág. 104.

- 24 Vid., SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, J.J., en *Comentarios a la Constitución Española -XXX Aniversario-*, ob. cit., pág. 76, quien se refiere a la extraordinaria prudencia del legislador en este ámbito: “sabedor de la delicadeza de las cuestiones simbólicas y su importancia emocional...”.
- 25 Piénsese, sin ir más lejos, en las banderas de ciertas Comunidades Autónomas que configuran el actual estado de las autonomías o, incluso, en la de alguna comunidad histórica cuya bandera es de reciente creación además de, en su origen, estar vinculada a un partido político.

caso español, “*el Estado ha subsistido, aunque con problemas a lo largo de todo el Siglo XX. Lo que puede apuntar a que el proceso nacionalizador del S XIX se llevó a cabo, pero no con la fuerza necesaria como para garantizar un final con éxito*”²⁶.

II. La ley sobre represión de los delitos contra la patria y el ejército y su influencia en los distintos códigos penales

Los antecedentes del actual artículo 543 del Código penal, ubicado en el Capítulo VI del Título XXI bajo la rúbrica “*De los ultrajes a España*”, se sitúan en la Ley sobre represión de los delitos contra la patria y el ejército, conocida como Ley de Jurisdicciones de 1906²⁷. Así, en su artículo 2, se disponía la pena de prisión correccional para quienes ultrajasen a la Nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema de su representación²⁸; se preveía, además, en su artículo 7 la competencia de la jurisdicción militar para enjuiciar los delitos de injurias al ejército o cuando los “*ofendan clara o encubiertamente*”, con lo cual los tribunales ordinarios quedaban excluidos expresamente en los supuestos en los que la injuria o la ofensa se dirigía —clara o encubiertamente— al Ejército, a la Armada o a “*instituciones, armas, clases o Cuerpos destinados del mismo*”. El Gobierno de la época, bajo la Presidencia de Segismundo Moret, pronosticando el alcance de las críticas que una Ley de esas características podía generar, el mismo día y en el mismo número de la Gaceta de Madrid en el que se publica la Ley de Jurisdicciones dispone una denominada: “*Real Orden tratando de matizar y mitigar el impacto de*

26 ÁLVAREZ JUNCO, J. *Mater Dolorosa. La idea de España en el Siglo XIX*, ob. cit., pág. 565.

27 Gaceta de Madrid, Año CCXLV, n° 114, Martes, 24 de abril de 1906. Tomo II, págs. 317-318.

28 “*Los que de palabra, por escrito, por medio de la imprenta, grabado, estampas, alegorías, signos, gritos o 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 provincias, ciudades y pueblos de España y sus banderas o escudos”.

la Ley de Jurisdicciones en la opinión pública”, donde se afirma que el legislador sólo pretendía incorporar un delito que antes no existía en el Código penal, “y que circunstancias lamentables, no ciertamente exclusivas de España, sino más bien debidas a un movimiento general en Europa, han reclamado con imperiosa exigencia se incluya en la lista de crímenes”. A pesar de ello, se enfatiza en la Real Orden que la Ley no pretende perseguir la delincuencia por “pensamiento”, sino, entre otros, el ultraje contra la Nación, la injuria o la ofensa contra el Ejército, la Armada o la apología de esos delitos.

Los precedentes de la Ley de Jurisdicciones se encuentran en el arraigado propósito de los militares de controlar la prensa²⁹; así en el año 1864, durante el Gobierno de Alejandro Mon Menéndez, del que era Ministro de Gobernación Antonio Cánovas del Castillo, se dicta la Ley de imprenta en la que se aplica la jurisdicción militar a los delitos cometidos a través de la prensa. Jurisdicción militar que es más tarde suprimida por O’Donell para ser restaurada por González Bravo. Como es sabido, se trataba de una época especialmente convulsa de enorme tensión del ejército con la prensa y la sociedad civil, que a pesar de un breve paréntesis se recrudece inmediatamente después de la Guerra de Cuba. Una de las consecuencias de ese panorama no es otro que el debilitamiento del poder del Estado a la par que la consolidación de los nacionalismos catalán y vasco, a quienes una buena parte de la oficialidad del ejército les atribuían el propósito de destruir la “unidad de España”³⁰. En un momento político tan crispado, el detonante del conflicto es la aparición en el semanario “*El ¡Cucut!*”, de una caricatura antimilitarista que provoca el asalto del

29 Al respecto, vid., ÁLVAREZ JUNCO J –DE LA FUENTE MONGE, G., *El nacimiento del periodismo político*, Madrid, 2009, *passim*; RODRIGUEZ DÍAZ, J.J., *Prensa y censura. La libertad de prensa en la bahía de Cádiz durante el reinado de Isabel II*, Cádiz, 2005, *passim*.

30 ALMUIÑA FERNÁNDEZ, C., “La jurisdicción militar y el control e los medios de comunicación. Annual y la censura de material gráfico (1921), en *Investigaciones históricas. Época moderna y contemporánea*, nº 6, 1986, págs.218-223.

periódico así como de la “*Veü de Catalunya*”, lo cual, a la vez, motivó un amplio movimiento de apoyo a los oficiales asaltantes por parte de un importante sector del ejército así como del Rey Alfonso XIII, lo que desemboca en la dimisión del Gobierno de Montero Ríos y en la promulgación, por el nuevo ejecutivo presidido por Segismundo Moret, de la de la Ley de Jurisdicciones que, a pesar de todos los vaivenes políticos y sociales del primer tercio del Siglo XX, estuvo vigente hasta comienzos de la Segunda República cuando es derogada por el Presidente Azaña.

En todo caso, el delito de ultrajes a la Nación fue incorporado al Código penal de 1928. El denominado Código Gubernativo promulgado bajo la dictadura del General Primo de Rivera que, en consonancia con el Gobierno de la época, tenía una impronta totalitaria fuera de cualquier discusión. Así, el delito de ultrajes a la nación se introduce en el artículo 231, para más tarde desaparecer del Código penal de 1932 y tornar bajo el régimen del General Franco, en la Ley de Seguridad del Estado de 1941, de 29 de marzo de 1941 (BOE 11 de abril de 1941), en su artículo 27³¹; poco después, mediante el Decreto de 23 de diciembre de 1944, se promulga el denominado Código penal texto refundido de 1944 (BOE 13 de enero de 1945), quien en su artículo 123, bajo la rúbrica de los delitos contra la seguridad del Estado y entre los delitos de traición, incrimina los denominados “*Ultrajes a la Nación española*”³²; pero, como cualquier situación jurídica es

31 Artículo 27: “*Los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, así como a sus símbolos y emblemas, se penarán con prisión de uno a cinco años. Si tuvieren lugar con publicidad, con prisión de cinco a diez años. Los ultrajes encubiertos se castigarán con una pena de seis meses de arresto a dos de prisión, y si tuvieren lugar con publicidad, con prisión de tres a seis años.*”

Los culpables de los delitos comprendidos en este artículo serán también condenados a inhabilitación para el ejercicio de cargos y funciones públicas durante un periodo de dos a diez años”.

32 Artículo 123, CP 1944: “*Los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, así como a sus símbolos o emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor; y si tuvieren lugar con publicidad, con la de prisión mayor”.*”

manifiestamente empeorable, la Ley 3/1967, de 8 de abril (BOE 11 de abril de 1967), dispone en su art. 1 g) que se diera nueva redacción al artículo 123³³, cuyo texto continuó vigente hasta la entrada en vigor del actual Código penal.

Como veremos en su momento, la modificación del año 1967 amplía el ámbito del injusto a los ultrajes al Estado o su forma política³⁴; decisión que viene motivada por una evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en ese ámbito y, con ello, la atipicidad de algunas conductas que al Gobierno de la época se le antojaban que debían seguir siendo criminalizables. Finalmente, el Código penal de 1995 continúa manteniendo el denominado delito “*De los ultrajes a España*”, en este caso bajo la rúbrica del Título XXI del Código penal, “*Delitos contra la Constitución*”, ubicándolo en un Capítulo de contenido único, con sustanciales diferencias con respecto a la redacción anterior.

En este contexto, una mención especial merece la Ley 39/1982, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de las banderas en España y de de otras banderas y enseñas (BOE 12 de noviembre de 1981). Texto actualmente vigente, conocido como la *Ley de banderas*. El articulado no prevenía expresamente ninguna sanción específica sino que el primer apartado de su artículo 10 disponía que los ultrajes a la bandera de España y a las de las Comunidades Autónomas se castigarían conforme a lo dispuesto en las leyes. Sin embargo, conviene tener presente que el apartado dos del citado artículo 10 elevaba a la categoría de delito cualquier infracción de las previsiones establecidas en la Ley para remitirlas al artículo 123 del Código penal, además de al respectivo precepto del Código penal Militar; por otro lado, establece en el apartado tercero de ese mismo artículo 10 que

33 Artículo 123, (reforma de 1967): “*Los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o su forma política, 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*”

34 CORDOBA RODA, J., en *Comentarios al Código penal*, T. III, Barcelona, 1978, pág. 31.

todos los ultrajes y ofensas a la bandera de España se considerarían realizadas siempre con publicidad³⁵, esto es, estableciendo una presunción *iuris et de iure* contraria al principio de culpabilidad³⁶. Disposiciones que fueron, en su momento, objeto de importantes críticas doctrinales por vulnerar los principios de taxatividad y determinación del ámbito de lo punible³⁷. Preceptos que fueron declarados inconstitucionales por las STC 118 y 119/1992, de 16 de septiembre³⁸.

La primera de la Sentencias resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo por la supuesta inconstitucionalidad del párrafo 3 del artículo 10³⁹. Concluyendo el Tribunal Constitucional que al remitirse el artículo 10.3 de la Ley 39/1981 al artículo 123 del Código Penal, para fijar la pena de los ultrajes y ofensas a la bandera de España y considerarlas siempre cometidas con publicidad, a efectos de determinar la pena a imponer, era inevitable afirmar que el citado precepto de la Ley 39/1981, en cuanto obligaba a aplicar en todos los supuestos la pena de prisión mayor, era contrario al art. 81.1 de la C.E. por no tener el rango de Ley orgánica, de manera que debía ser declarado inconstitucional. En definitiva, la agravación penal de los ultrajes y ofensas a la bandera de España en la forma que lo hacía la Ley 39/1981, cualquiera que fuere la técnica legislativa utilizada para ello, exigía el rango de

35 SANTANA VEGA, D.M., “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿protege algún bien jurídico penal?”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2009, pág. 37.

36 CALDERÓN SUSIN, E., “El artículo 10º de la Ley 19/1981”, en *Cuadernos de política Criminal*, 1982, pág. 362.

37 VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código penal)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 23, 2002, pág. 221.

38 STC 118/1992, de 16 de septiembre (BOE 14 de octubre de 1992), así como STC 119/1992, de 18 de septiembre, (BOE 14 de octubre de 1992).

39 Artículo 10.3: “*Los ultrajes y ofensas a las banderas a que se refiere el artículo tercero de esta ley, se considerarán siempre como cometidos con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo ciento veintitrés del Código penal*”

Ley orgánica de conformidad con lo dispuesto en los arts. 81.1 y 17.1 de la Constitución.

En la segunda de las resoluciones se dilucidaba una nueva cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia⁴⁰, al deducir que los párrafos 1 y 2 del artículo 10 de la Ley 39/1981⁴¹, de 28 de octubre, reguladora del uso de la bandera nacional y de otras banderas y enseñas, pudieran ser contrarios al artículo 81.1, en relación con los artículos 17.1 y 25.1 de la Constitución⁴². Con argumentos similares a los anteriores, el Tribunal Constitucional resuelve la inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 10 dado que, entendía, no respetaba las exigencias específicas del principio de legalidad, concretamente la reserva de Ley Orgánica que es exigible, conforme a los artículos 81.1 en relación con el 17.1 de la Constitución Española, a las normas penales que establezcan penas privativas de libertad o restrictivas de derechos fundamentales.

Por último, quisiera llamar la atención sobre una cuestión que suscitó en su momento una importante discusión y que continúa despertando una viva polémica en determinados medios. Me refiero al incumplimiento de lo preceptuado en la Ley de Banderas, en las consecuencias derivadas de tales incumplimientos; de inicio, vaya por adelantado que me sorprende lo estipulado en

40 Al respecto, vid., CASTIÑEIRA PALOU, M.T. “Las protección penal de las banderas de las comunidades autónomas. Ultrajes a la bandera y libertad de expresión (Comentario a la STC de 18 de septiembre de 1992), en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, nº 45, 1992, págs. 1127 y ss.

41 Artículo 10.1. “*Los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo cuatro del presente texto, se castigarán de acuerdo a lo dispuesto en las leyes.*

2. *Las infracciones de lo previsto en esta ley se considerarán incurso en lo establecido en el artículo ciento veintitrés y concordantes del Código penal, en su caso, en el artículo trescientos dieciséis del Código de Justicia Militar, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran proceder”.*

42 Vid., al respecto, CALDERÓN SUSIN, E., “El artículo 10º de la Ley 19/1981”, ob. cit., pág. 364, quien, desde el principio manifiesta sus dudas sobre la constitucionalidad del artículo 10 de la Ley 19/1981.

el artículo noveno de la Ley donde explícitamente se prevé que: “*Las autoridades corregirán en el acto las infracciones de esta ley, restableciendo la legalidad que haya sido conculcada*”. Es decir, parece como si se legitimara a las “autoridades” para utilizar la vía de hecho por los incumplimientos de la Ley de Banderas lo cual es, como poco, sorprendente.

Además de esa, llamémosle así, decisión legislativa controvertida, es de destacar que en la Disposición Adicional se faculta al Gobierno para dictar las disposiciones que se requieran para el cumplimiento de la ley; disposiciones que nunca se han regulado, que no han merecido la atención del legislador, ni del ejecutivo, ni siquiera después de la declaración de inconstitucionalidad de los apartados dos y tres del artículo 10.

Nótese, además, que el referido e inconstitucional apartado dos del artículo 10, hacía referencia a las “*sanciones administrativas que pudieran proceder*”; unas sanciones que nunca se llegaron a establecer⁴³. Sin embargo, la ceremonia de confusión es aún más amplia al examinar lo previsto en el apartado cuatro del mismo artículo 10, donde se vuelve a hacer mención a las “*infracciones de lo dispuesto en esta ley*” para referirse a la responsabilidad en la que incurren determinados sujetos o titulares de organismos públicos o privados que: “*tras ser requeridos para el cumplimiento de esta ley por la autoridad gubernativa, incumplan lo preceptuado en artículos anteriores*”.

Con independencia de la poca fortuna legislativa en la redacción de algunos de los preceptos de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, es inevitable concluir lo siguiente:

1. Una vez declarada la inconstitucionalidad de los apartados dos y tres del artículo 10, en el texto no se

43 Al respecto, vid., LLABRÉS FUSTER, A., en *Comentarios al Código penal* (GÓMEZ TOMILLO, Director), Valladolid, 2010, pág. 1859, quien afirma: “*ley, por cierto, que al margen de sus inconstitucionales remisiones a la legislación penal, no prevé ningún género de sanción ante sus posibles incumplimientos*”.

prevé ninguna infracción por el incumplimiento de lo preceptuado en la Ley 39/1981, de 28 de octubre.

2. En directa relación con lo anterior, una vez realizados los requerimientos correspondientes por la autoridad gubernativa para que la bandera nacional o autonómica ondee en los lugares previstos en los artículos 3 y 4 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre⁴⁴, el incumplimiento de la resolución judicial que inste a cumplir lo preceptuado en los citados artículos puede dar lugar a un delito de desobediencia a la autoridad del artículo 410 del Código penal siempre, claro está, que concurren todos sus requisitos. Como afirma LLABRÉS FUSTER⁴⁵, trayendo a colación un Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao, de 17 de diciembre de 2007: *“no existe en la legislación penal española precepto alguno que contemple como delito la no colocación de la bandera en el Consistorio”*. Ahora bien, ello no significa que no sea posible incurrir en un delito de desobediencia cuando existe una orden expresa para la imposición de una conducta activa u omisiva indeclinable dada a conocer mediante un requerimiento formal, expreso y directo el cual no haya sido obedecido⁴⁶.

44 Al respecto, a título ejemplificativo, vid. Las STS 24 de julio 2007 y 12 de mayo de 2009, sobre la obligación de colocar la bandera de España en la Academia de Policía de Arkaute, así como las STS 25 de noviembre 2008 sobre la obligación de colocar la bandera de España en el Parlamento vasco.

45 LLABRÉS FUSTER, A., en *Comentarios al Código penal* (GÓMEZ TOMILLO, Director), ob. cit., pág.1859

46 Vid. Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de San Sebastián, de 7 de diciembre de 2007, en el que se archiva la denuncia formulada por el Sindicato Manos Limpias contra el Alcalde de Donostia por la comisión de los presuntos delitos de desobediencia, prevaricación y abandono de funciones; a ese respecto, y en relación a la desobediencia, en el Razonamiento Jurídico Cuarto del Auto se afirma: *“...en definitiva, se observa la inexistencia de requerimiento formal alguno al Excmo. Sr. Luis Miguel, en su calidad de máximo representante del Consistorio, para la realización de cierta y determinada conducta, sin que el conocimiento genérico de una determinada resolución de un órgano judicial, ajena al imputado, pueda operar como tal”*.

3. El incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 39/1981, de 28 de octubre, no da lugar a la comisión de un delito de ultrajes ya que, por sí mismo, no integra el tipo del artículo 543 del Código penal.

No es eso todo, la ceremonia de confusión todavía podría haber sido más profusa. Así, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, aprobado por el Gobierno en Julio de 2014, no incorpora finalmente como infracción grave las ofensas o ultrajes a España, tal y como estaba previsto en el Anteproyecto de la Ley. En efecto, el art. 35.2 del mencionado Anteproyecto tipificaba como infracción grave: “*Las ofensas o ultrajes a España, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales o a sus instituciones, símbolos o emblemas, efectuadas por cualquier medio, cuando no sean constitutivos de delito*”. Comportamiento al que, según lo previsto en el artículo 38, le correspondía una multa de 1.001 a 30.000 euros. A este respecto, los informes del Consejo General del Poder Judicial así como el de la Fiscalía General del Estado al citado Anteproyecto, eran coincidentes al concluir que la infracción era prácticamente similar a la prevista en el artículo 543 del Código penal que, afirmaban, se mantenía en el Proyecto de reforma del Código penal actualmente en trámite, además de añadir que no se apreciaba la diferencia entre el delito y la infracción administrativa, por lo que plantea problemas relacionados con el principio de *non bis in idem*.

Consideraciones que el Gobierno ha asumido en el texto del Proyecto y que, por lo tanto, no ha incluido en la redacción que se someterá a debate parlamentario; aunque dado el calado del texto original no me puedo sustraer a plasmar un comentario del articulado inicial. Por ello, realizaré dos breves observaciones, la primera es la cuantía de la multa prevista en el Anteproyecto: entre los 1.001 y los 30.000 euros, mientras que la pena prevista en el artículo 543 es una pena de (días) multa que oscila entre los siete y los doce meses, por lo que la sanción por la comisión de la infracción administrativa podría revestir una cuantía sensi-

blemente superior a la prevista para los días multa en el Código penal que, como es sabido, fluctúa entre los dos y los 400 euros de cuota diaria (artículo 50.4 del CP) que, en el peor de los casos, es decir, aplicando la cuota máxima llegaría hasta los 8.400 euros, lo cual, una vez más, hubiera puesto en evidencia que la gravedad cuantitativa de la multa habría sido de mayor entidad en sede administrativa que en sede penal, con todas las consideraciones que de ello se desprenderían en relación a la mayor afflictividad material en el quantum de la sanción del Derecho administrativo sancionador con respecto al Derecho penal.

Por otro lado, la segunda consideración derivada de la infracción inicialmente prevista en el artículo 35.12 del Anteproyecto era que ampliaba el ámbito del ilícito a una dimensión sensiblemente más extensa que la prevista en el Código penal. Vaya por adelantado que existen razones de distinta índole para cuestionar la tipificación de la infracción en el Anteproyecto, además de no compartir las observaciones realizadas por el Consejo General del Poder Judicial ni por la Fiscalía General del Estado en sus respectivos Dictámenes, dado que en mi opinión sí que existía diferencia entre ambos ilícitos ya que en sede administrativa se ampliaba el ámbito de la infracción. Así, no puede pasar desapercibido que la forma comisiva prevista en el artículo 543, en los ultrajes a España es: “*con publicidad*”, mientras que en el Anteproyecto se ampliaba el ámbito de lo sancionable a quien realizara las conductas ultrajantes: “*por cualquier medio*”⁴⁷; de modo que comportamientos que hasta este momento carecían de relevancia penal pasaban a ser sancionables administrativamente con una multa que, no olvidemos, era sensiblemente de mayor cuantía que la prevista en el Código penal. En todo caso, no era de recibo que la sanción administrativa fuere o potencialmente pudiese ser estratosféricamente de mayor gravedad que la sanción penal.

47 En este sentido, vid. El Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª), de 9 de febrero de 2006, en la que se confirma un inicial sobreseimiento provisional de las actuaciones dado que, se afirma, el artículo 543 del Código penal exige publicidad como elemento determinante de la infracción que en el procedimiento que se tramita no concurre.

Aún así, como refería al inicio de la reflexión sobre el actual Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, el Gobierno ha asumido, en este punto, las consideraciones realizadas en los Dictámenes del Consejo General del Poder Judicial, así como por la Fiscalía General del Estado, sobre lo innecesario de tipificar como infracción grave las ofensas o ultrajes a España, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales o a sus instituciones, símbolos o emblemas, por lo que finalmente desaparecen del texto del Proyecto de Ley; sin embargo, ello es una muestra —más— de la tendencia incriminadora del actual Ejecutivo en determinados ámbitos que, creo, no sólo no puede pasar desapercibida, sino que es necesario evidenciar.

III. El bien jurídico protegido en el delito de ultrajes a España

Una (otra) de las cuestiones polémicas que acompaña al delito de ultrajes es determinar el bien jurídico protegido, lo cual era todavía más complejo en su redacción y ubicación en el Código penal anterior. Así, permítasenos recordar que sistemáticamente se encontraba en el Título I, “*Delitos contra la seguridad exterior del Estado*”, Capítulo I, entre los “*Delitos de traición*”. Ubicación que, como poco, no cabe calificar más que de sorprendente. Entre otras cosas porque el primer interrogante que se desprende de lo anterior es la relación entre el delito de ultrajes, los delitos de traición y, por supuesto, los delitos contra la seguridad exterior del Estado. Como acertadamente se cuestionaba ABEL TÉLLEZ, la relación entre, por ejemplo, la quema de una bandera española en una manifestación frente a un Ayuntamiento o, simplemente, en plena calle poco o nada tiene que ver con la seguridad exterior del Estado y menos aún con los delitos de traición. El mismo autor destaca que hasta entonces los Tribunales no habían resuelto un solo caso en el que la Seguridad del Estado en sus relaciones internacionales se hubiera puesto en cuestión como consecuencia de unos ultrajes a la Nación española⁴⁸. Por

48 TÉLLEZ AGUILERA, A., “Los ultrajes a España: visión crítica de un delito”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1719, 1994, págs. 88-89.

ello, acude a los antecedentes históricos y legislativos de la Ley de Jurisdicciones, donde se incriminaba como “*Delito contra la Patria*” para afirmar que el *animus legis* no era otro que el denominado: *honor nacional*. Como nos recuerda TAMARIT SUMALLA⁴⁹, al analizar el contexto socio político en el que se promulga la Ley de Jurisdicciones, una de las razones que la propicia es la crisis del sentimiento nacional español y, por lo tanto, la necesidad de consolidar los valores patriótico o nacionales. ¿Cómo?, pues, de la forma que se consideraba el medio idóneo: mediante la disuasión penal contra las críticas o por la oposición a la existencia de una denominada conciencia nacional. Opción punitiva que, en este u otros casos, continúa siendo la vía más utilizada por el legislador de turno.

En todo caso, retomando el hilo de lo anterior, conviene no olvidar los problemas constitucionales que suscita una concepción del honor que no sea personalísima o, dicho de otra manera, los inconvenientes derivados de considerar que a los entes supraindividuales les sea reconocible un figurado derecho al honor⁵⁰. Aún así, una opción interpretativa con respecto al bien jurídico que pretende reconducir o salvar las dificultades que presenta una interpretación personalísima del denominado “*honor nacional*” como bien jurídico protegido en estos delitos, pasa por el reconocimiento al derecho al honor de los sujetos individuales que forman parte de una colectividad. Por lo tanto, no se trata de sostener la existencia del honor de la colectividad, sino de que los ataques dirigidos a ésta pueden trascender a las personas que la integran⁵¹.

49 TAMARIT SUMLLA, J.M., “El delito de ultrajes a la Nación (I)”, en *Actualidad Penal*, T. II; 1989, pág. 909. Vid., del mismo autor, en *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, (QUINTERO OLIVARES, G., Director) T. III, 5ª edición, Pamplona, 2008, pág. 1033.

50 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Ultrajes a España”, en *Enciclopedia penal básica* (LUZÓN PEÑA, Director), Granada, 2002, pág. 1232.

51 TÉLLEZ AGUILERA, A., “Los ultrajes a España: visión crítica de un delito”, ob. cit., pág. 90.

En términos similares, BENLLOCH PETIT reconduce el argumento a “*los derechos y a la dignidad de las personas individuales*”, de modo que aboga por la existencia de un derecho colectivo —protegible penalmente— a la indemnidad, a la intangibilidad, “*a la sacralidad de determinadas ideas, sentimientos y valores colectivos, extensible a los símbolos que los representan*”, lo cual sitúa en paralelo a la protección de la libertad religiosa como muestra de que el legislador castiga lo que denomina el “*público escarnio*” de las opciones personales en materia religiosa; lo cual —añade— posibilita el castigo de opciones ideológicas relativas a la cuestión nacional cuando adoptan modos altamente irrespetuosos, ya que en ese caso —continúa— excederían el ámbito de la libertad ideológica para afectar al núcleo último de la dignidad de la persona⁵².

Planteamiento al que se le pueden formular distintas consideraciones⁵³. La primera es si esos denominados sentimientos patrióticos o nacionales, extensibles a los símbolos que lo representan son, en primer lugar, merecedores de protección penal o, incluso, si realmente las conductas o los comportamientos que pretendidamente les afecten tienen un contenido material de antijuridicidad idóneos como para ser merecedores de una sanción penal; en segundo lugar, es inevitable poner de relieve la indeterminación, vaguedad e incerteza que se derivan de un bien jurídico de esas características que difícilmente resultan compatibles con el principio de legalidad; y, en tercer lugar, cabe preguntarse si la sanción de lo que denomina “escarnios” a los símbolos nacionales no entraría en franca contradicción con otros derechos fundamentales como la libertad ideológica y el derecho a la disidencia política o, sin ir más lejos, el derecho a la libertad de expresión. Piénsese, por otro lado, que junto a ese pretendido escarnio público a los símbolos del Estado, podría generarse un

52 BENLLOCH PETIT, G., “El Derecho penal ante el conflicto político”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2001, págs. 182-183.

53 Igualmente, vid., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Ultrajes a España”, en *Enciclopedia penal básica* (LUZÓN PEÑA, Director), ob. cit., pág. 1232.

sentimiento de indiferencia absoluta para ciertos sectores de la población o incluso, a otros, una innegable complacencia. Luego, además de presumir el legislador esos sentimientos patrióticos o nacionales, cabe preguntarse por qué se circunscribe la tutela a ellos en particular y no a otros⁵⁴.

Conviene no olvidar que el pluralismo político es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, la discrepancia, aún la más radical, no es susceptible de sanción penal cuando no se ejerce con violencia⁵⁵. Es más, permítaseme añadir que se trata de derechos fundamentales (libertad de expresión, libertad ideológica) que, obviamente, no son ilimitados y que han de ejercerse dentro de los límites correspondientes, por ello, cuando se ejercen dentro de su marco constitucional, me surgen serias dudas sobre si ese pretendido agravio al sentimiento nacional o patriótico sería prevalente en caso de conflicto frente al ejercicio de unos derechos fundamentales de la entidad e importancia de los referidos.

Tampoco faltan autores, en particular en la doctrina alemana⁵⁶, que al abordar el delito de ultrajes, que no sólo se circunscribe a la protección de los símbolos federales y de los länder sino también a la bandera y los denominados altos símbolos representativos de los estados extranjeros, interpretan que el bien jurídico protegido es el “*prestigio de las instituciones*”, a pesar de los niveles de indeterminación e inseguridad jurídica que plantea o como si el citado prestigio de las instituciones fuera merecedor de tutela penal de forma apriorística e independiente del buen funcionamiento de la Administración, o como si pudiera prevalecer

54 VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código penal)”, ob. cit., págs. 225-226.

55 BAUCCELLS LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, Valencia, 2000, págs. 41-42

56 Al respecto, vid., SANTANA VEGA, D.M., “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿protege algún bien jurídico penal?, ob. cit., págs. 38 y ss., donde analiza los pormenores de la regulación del delito de ultrajes en el Derecho comparado.

sobre el derecho a la libertad ideológica o fuera prevalente sobre el derecho a la libertad de expresión⁵⁷.

Construcciones de esa naturaleza parecen más propias de la regulación prevista en el anterior artículo 123, en el que se incriminaban los ultrajes a la “*Nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o a su forma política, así como a sus símbolos y emblemas*”⁵⁸, donde subyacen manifestaciones del denominado honor colectivo, dignidad de la Nación, prestigio de las instituciones o, incluso, prestigio político del Estado⁵⁹. Manifestaciones que, en buena medida, están directamente emparentadas con un Derecho penal político de infausto recuerdo. Con independencia de ello, nótese que el precepto utiliza las fórmulas de “*Nación española*” y los de “*Estado o su forma política*”. Lo referimos brevemente en su momento, permítasenos insistir en ello, la redacción del ilícito se debe a la reforma de 1967; así, el precepto se modifica con el inequívoco propósito de que bajo la fórmula de los ultrajes al “*Estado o su forma política*” continuaran siendo típicos supuestos que el Tribunal Supremo empezaba a interpretar con mayor laxitud y, por lo tanto, a considerarlos carentes de relevancia penal. La consecuencia de ello es que cualquier manifestación contraria a la forma política (al régimen político⁶⁰),

57 VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código penal)”, pág. 228.

58 Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.,-SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español, Parte Especial*, 18ª edición, Madrid, 1995, págs. 627-628, donde afirman: “*Sujeto pasivo no es el Estado, sino la colectividad que integra el elemento humano del Estado, la Nación española. La misma colectividad es la que aparece igualmente como portadora del sentimiento de su unidad*”.

59 TAMARIT SUMALLA, J.M., “El delito de ultrajes a la Nación (I)”, ob. cit., pág. 2556.

60 Al respecto, vid., la Sentencia del TS de 25 de octubre de 1965, en la que se afirma: “*No pudiendo confundir en el campo jurídico penal los conceptos de Nación, Estado y Régimen, cuya diferenciación en la doctrina científica del derecho político es clara y evidente*”, así como el análisis de la misma GONZÁLEZ CASANOVA, J.A., “La distinción Estado- régimen político y la Jurisprudencia penal del Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica de*

entendido como sistema que regía la vida política del país, podía subsumirse dentro del tipo del artículo 123 del Código penal.

Por otro lado, llama la atención el criterio sostenido por CARBONELL MATEU-VIVES ANTÓN, quienes tras poner de manifiesto lo que denominan “*la dudosa constitucionalidad y discutible utilidad práctica*” del precepto; inmediatamente se refieren al “*orden público o la paz pública*” para afirmar que sólo donde la conducta típica represente un peligro concreto para uno u otra podrá ser castigada, mientras que si no es así, es decir, si éstas no resultan afectadas de una forma concreta esos comportamientos quedarían amparados bajo la libertad de expresión⁶¹. En parecidos términos, esto es, partiendo de la necesidad de conservar en el Código penal un núcleo mínimo de delitos de ultraje, se manifiesta VÁZQUEZ-PORTOMEÑE⁶², quien trata de aunar los conceptos de paz pública, orden público, libertad de expresión y pluralismo político con el principio de ofensividad como límite material al *Ius puniendi*, concluyendo que la ubicación de los ultrajes entre los Delitos contra la Constitución es acertada ya que entrañan un peligro concreto para el orden público de modo que, concluye, los ultrajes se sitúan en las mismas coordenadas que los desórdenes públicos, superando así la prueba de su constitucionalidad, sin que ello suponga atribuirles la consideración de actos de provocación a la realización de atentados contra el orden público⁶³. Igualmente, tratando de dispensarle al tipo una interpretación restrictiva, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO advierte que para integrar el comportamiento típico previsto en el Delito de ultrajes, la conducta deberá afectar a la normalidad del sistema constitucional de relaciones

Cataluña, nº 4, 1966, págs. 979 y ss., donde concluye que la diferenciación no es tan clara como afirma con optimismo la Sentencia del Tribunal Supremo.

61 CARBONELL MATEU, J. C. -VIVES ANTÓN, T.S., en *Comentarios al Código penal*, (VIVES ANTÓN, T.S., Director) T. II, Valencia, 1996, pág. 2046

62 VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código penal)”, ob. cit., pág. 232.

63 VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., ob. cit., pág. 236.

y convivencia⁶⁴; criterio que, entiendo, es similar o subsumible en los anteriores.

Una vez llegados hasta aquí, he de manifestar mis dudas sobre la propuesta de CARBONELL MATEU-VIVES ANTÓN, compartida por VÁZQUEZ PORTOMENÉ, porque creo que no la llevan a sus últimas consecuencias. Así, los primeros, un poco más adelante, al analizar los “*Delitos de Desórdenes públicos*”⁶⁵, Capítulo III, Título XXII, artículos 557 y ss., afirman que la nota común de esas infracciones es que consisten en atentados, unas veces reales y otras meramente potenciales “*al orden público o a la paz o tranquilidad pública*”, diferenciando ambos conceptos para afirmar que el orden público representa el funcionamiento regular de la convivencia ciudadana; mientras la paz pública la definen como tranquilidad y quietud o como sosiego y buena correspondencia de los unos con los otros, opuesta a la guerra, a las riñas y disensiones, pero no al desorden⁶⁶. Como se puede observar, los mismos autores parten del orden público y de la paz pública como conceptos diferentes pero, a la vez, como elementos que definen el objeto de protección tanto en los delitos de ultraje como en los delitos contra el orden público. Obviamente, cabe preguntarse acerca de la oportunidad de la incriminación expresa de los delitos de ultraje cuando, perfectamente, serían reconducibles a los delitos de desórdenes públicos dado que el objeto de protección es el mismo⁶⁷; pero, es más, abundando en la innecesariedad de la incriminación de los ultrajes, un examen de la jurisprudencia —a la que nos referiremos más adelante— nos

64 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Ultrajes a España”, en *Enciclopedia penal básica*, ob. cit., pág. 1232.

65 Al respecto, vid., el amplio trabajo de TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Madrid, 2001, págs. 65 y ss.

66 CARBONELL MATEU, J. C. -VIVES ANTÓN, T.S., ob. cit., pág. 2090.

67 Vid., TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, ob. cit. págs. 75 y ss., donde trae a colación distintas resoluciones jurisprudenciales en las que se hace mención expresa a la convivencia pacífica y a la paz pública como objetos de protección en estos delitos.

lleva a concluir que en la mayoría de los casos en los que se ha enjuiciado unos actos como pretendidos delitos de ultraje, éstos no han supuesto ningún peligro para el orden público ni para la paz social.

Una vez dicho lo anterior, permítaseme insistir en el interrogante: ¿existe la necesidad de mantener el delito de ultrajes en el Código penal?. Texto que, como es bien sabido, no es que haya sido reiteradamente reformado sino que es objeto de revisión permanente por parte de los sucesivos legisladores que hemos tenido desde su entrada en vigor y que, lejos de mejorarlo, se han empeñado en contribuir aunadamente a su modificación careciendo de unos mínimos criterios de política criminal.

Vaya por adelantado que un amplio sector de la doctrina, entre los que me incluyo, se muestra abiertamente partidaria de la desaparición del delito de ultrajes del Código penal⁶⁸, ya sea porque se lo califica de dudosamente constitucional⁶⁹, de quien afirma que un sistema político afianzado no necesita de la criminalización de ofensas fetichistas contra sus símbolos⁷⁰, o quien entiende que mantiene una concepción desfasada de Estado, Nación y Patria⁷¹, o, entre otras razones, por las dificultades para establecer un bien jurídico protegido en el tipo⁷², lo que no obsta para que se proponga una interpretación restrictiva del precepto⁷³.

68 GARCÍA RIVAS, N., en *Derecho penal, Parte Especial*, Tomo III, Vol II (TERRADILLOS BASOCO, J., Coordinación), ob. cit., pág. 258.

69 CARBONELL MATEU, J.C-VIVES ANTÓN, T.S. en *Comentarios al Código penal*, (VIVES ANTÓN, T.S., Director) T. II, ob. cit., págs. 2089

70 CANCIO MELIÁ, M., en *Comentarios al Código penal* (RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Director), Madrid, 1996, pág. 1337

71 PORTILLA CONTRERAS, G., en *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, (COBO DEL ROSAL, M., Director), T. II, Madrid, 1997, pág. 824

72 TAMARIT SUMALLA, J.M. “El delito de ultrajes a la Nación (I)”, ob. cit., pág. 2558; del mismo autor, *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, (QUINTERO OLIVARES, G., Director) T. III, 5ª edición, ob. cit., pág. 1036..

73 Entre otros, VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F., “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código penal), ob. cit., págs. 225 y ss.

En este sentido, me parece especialmente interesante la propuesta formulada por SANTANA VEGA⁷⁴, quien aboga abiertamente por la desaparición del delito de ultraje ya que —a su juicio— se trata de un ilícito que carece de bien jurídico penal; afirma —y suscribo la idea— que para que un bien jurídico sea merecedor de tutela penal habrá que contrastar su importancia social como bien merecedor de protección, lo cual debe de estar en lógica consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal, además de atender a la importancia social del bien⁷⁵. Añade la citada autora que lo protegido en el precepto: los símbolos del Estado, no pueden anteponerse al ejercicio de los derechos fundamentales. En esa misma línea de argumentación, me atrevería a afirmar que la subsunción en el tipo penal de un comportamiento que pretendidamente pudiera ser calificado como de ultrajes a la Nación, únicamente implicaría una contrariedad a Derecho de la conducta, es decir, estaríamos en el ámbito de un concepto puramente formal de antijuridicidad ya que se trataría de un ilícito que carecería de la dañosidad o nocividad social que se requiere de la acción y, por lo tanto, esa conducta carecería de antijuridicidad material.

Como pone de manifiesto TAMARIT SUMALLA, el denominado “*delito de opinión*” ha sido utilizado con frecuencia para incriminar las manifestaciones del pensamiento contrarias a los valores o intereses del Estado, con el objeto de neutralizar determinadas formas de disenso; previsiones que, en efecto, las más de las veces atentan contra el derecho a la libertad ideológica y del que el delito de ultrajes es uno de sus mayores exponentes, ya que mediante su incriminación se pretende asegurar el poder estatal frente a las críticas formuladas contra su forma política (o sus símbolos), con el propósito, obviamente, del aseguramiento

74 SANTANA VEGA, D.M., “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿protege algún bien jurídico penal?”, ob. cit., págs. 49 y ss.

75 Vid., ampliamente, MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *Ius puniendi*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1989-1990, págs. 209 y ss., 214-215.

del poder establecido mediante la imposición de un pretendido consenso social que, en realidad, lo que pretende es la represión del disenso a través de un Derecho penal que es utilizado sin ningún rubor como instrumento de represión política e ideológica⁷⁶.

Es más, la libertad de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica, viene presidida por acomodar la actuación del sujeto a las exigencias de ésta⁷⁷. Ciertamente, no estamos frente a un derecho absoluto —a pesar de su consideración como derecho fundamental— y, éste, presenta unos límites que vienen presididos por la necesidad de que el ordenamiento jurídico discipline la convivencia entre las personas. Es más, quien comete un hecho antijurídico impulsado por una determinada convicción de que realiza el hecho de acuerdo con un orden normativo que valora más que el Derecho vigente, no convierte ese comportamiento en un proceder atípico por mucho que venga presidido por motivos ético-políticos. Sin embargo, se ha de tener igualmente en consideración el deber de un Estado democrático en relación al respeto hacia las minorías, vehiculado a través del artículo 1.1 de la CE, y la positivización de los valores superiores del ordenamiento jurídico como la libertad, la justicia y el pluralismo político, así como la consideración del derecho a la libertad ideológica como un derecho fundamental, artículo 16.1 CE, lo cual supone la necesaria revisión de algunas de las bases de la teoría del delito⁷⁸.

En todo caso, vaya por adelantado que si bien es factible en algunos supuestos que se califican por los Tribunales como delitos de ultraje acudir a las hipótesis de la justificación penal, como el ejercicio legítimo de un derecho (Infra IV.6), entiendo que se trata de una solución que no es plenamente satisfactoria

76 TAMARIT SUMALLA, J.M., *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Barcelona, 1989, págs.303 y ss.

77 BAUCCELLS LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, ob. cit., págs. 41, 42 y 49

78 TAMARIT SUMALLA, J.M., *La libertad ideológica en el Derecho penal*, ob. cit., págs. 339 y ss.

en todos los casos; por lo tanto, a mi juicio, el delito de ultrajes a la Nación carecería de relevancia penal siempre que esos comportamientos no se realicen mediante violencia, en tanto que la manifestación de la discrepancia y/o de la disidencia política por más radical que ésta sea no es susceptible de incriminación sino objeto de protección.

Lo anterior me lleva a concluir que los delitos de ultrajes no deberían formar parte del catálogo punitivo del Código penal, dado que en la mayoría de los casos se trata de ilícitos puramente formales que carecen de la dañosidad o nocividad social requeribles a la acción; es más, en el caso de que concurriera una efectiva perturbación de la paz pública como consecuencia de esas conductas, éstas, a mi entender, son reconducibles al tipo básico de desórdenes públicos⁷⁹, previsto en el artículo 557 en el que, como es sabido, se incriminan los atentados contra la paz pública materialmente violentos y dañinos, esto es, cuando se lesiona el orden público causando daños a las personas o a las propiedades⁸⁰.

En todo caso, a pesar de la discutible necesidad de la tipificación del delito de ultrajes en estricta clave de bien jurídico a continuación vamos a examinar algunos de los elementos de la descripción típica del precepto, lo que nos llevará a concluir en el mismo sentido, esto es, en su cuestionable regulación y discutible pervivencia en el actual Código penal.

79 Vid., VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F., “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código penal), ob. cit., págs. 239, quien, de forma similar a CARBONELL-VIVES, concluye en la necesaria situación de peligro concreto para el orden público como consecuencia de los comportamientos en los que se afecta la función simbólica de las banderas, aunque, en su caso, no reconduce el ilícito de ultrajes a los delitos contra el orden público, sino que se muestra partidario de mantenerlo en su ubicación actual.

80 Vid., con matices, CASTIÑEIRA PALOU, M.T., “La protección penal de las banderas de las comunidades autónomas. Ultrajes a la bandera y libertad de expresión”, ob. cit., págs. 1137-1138.

IV. Análisis tipo

1. Las ofensas o ultrajes: las dudas sobre la constitucionalidad del modo comisivo de la ofensas.

La descripción típica del artículo 543 se configura como un tipo mixto alternativo donde la conducta recae sobre dos comportamientos penalmente relevantes: “*las ofensas o ultrajes*”, a diferencia del Código penal anterior donde el núcleo del ilícito recaía exclusivamente sobre el ultraje. Se trata de una distinción comisiva que una buena parte de la doctrina ha entendido como fórmulas similares, a la que se reprocha la mala técnica empleada por el legislador por considerarlas redundantes; añadiéndose que si el significado de ambos comportamientos nucleares fuera distinto se habría previsto un tratamiento penológico diferente ya que, en ese caso, debería haberse estructurado como un tipo básico y otro agravado⁸¹.

Sin embargo, a pesar de parecerme un ejercicio plausible dado que se pretende una interpretación restrictiva del tipo, en sentido estricto se trata de dos formas comisivas diferentes que tienen un significado gramatical distinto. Así, el diccionario de la RAE atribuye como primera acepción a ultrajar el significado de: “*ajar o injuriar*”; mientras que, el verbo ofender significa “*humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, o ponerlo en evidencia con palabras o hechos*. Evidentemente, no se trata de una distinción baladí, ni se trata de términos similares, sino que el legislador ha utilizado fórmulas diversas con la particularidad de que el ofender tiene un significado sensiblemente más amplio que el de ultrajar (injuriar); es más, a mi parecer, se configura como una modalidad típica más amplia y extraordinariamente abierta que plantea una indiscutible contradicción con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y, por lo tanto, lo aboca a una constitucionalidad discutible⁸².

81 SANTANA VEGA, D.M., “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿protege algún bien jurídico penal?”, ob. cit., págs. 54-55.

82 SANTANA VEGA, D.M., ob. cit., pág. 55.

Por el contrario, ya desde el Código penal anterior, el significado que debe atribuirse a “*los ultrajes*” es pacífico en la doctrina ya que de forma unánime se ha entendido que es una injuria grave⁸³. Ahora bien, nótese que la redacción actual del precepto no hace mención a la entidad del ultraje y que bien pudiera interpretarse que sería subsumible en el tipo cualquier clase de ultraje a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas. No obstante, la doctrina le ha dispensado al concepto una interpretación restrictiva que en buena medida se corrobora a partir de un análisis sistemático con el delito de injuria donde, como es sabido, únicamente son constitutivas de delito las que sean tenidas en el concepto público por graves. Es más, la propia Jurisprudencia del TS, incluso con la redacción anterior del delito de ultrajes, interpretaba que se trataba de una modalidad agravada del tipo genérico de injuria (STS 13 de julio de 1956 y 16 de febrero de 1957), por lo que quedaban extramuros del Derecho penal los comportamientos pretendidamente injuriosos que no revistieran ese plus de antijuridicidad. Añadiéndose que las injurias (ultrajes) leves pueden quedar fuera atendiendo al principio de insignificancia como causa de atipicidad o, incluso, desde un punto de vista sistemático, teniendo en cuenta que las injurias a las personas se tipifican expresamente como falta cuando éstas son leves⁸⁴.

2. El *animus inuiriandi*

En directa relación con lo anterior, una de las cuestiones que a mi parecer suscitan más controversia es el ánimo de injuriar, ya no sólo por la interpretación que la jurisprudencia tradicional le dispensa sino, también, porque un sector de la doctrina lo asume; dado que, se afirma, éste se encuentra implícito en algunos comportamientos que se tipifican como ultrajes a la bandera, como

83 Entre otros, TÉLLEZ AGUILERA, A., “Los ultrajes a España: visión crítica de un delito, ob. cit., pág. 96

84 Así, expresamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Ultrajes a España”, en *Enciclopedia penal básica*, ob. cit., pág. 1233.

sería el hecho de quemarla⁸⁵. Así, mientras que durante mucho tiempo el Tribunal Supremo interpretó que el ánimo de injuriar a los periodistas se suponía⁸⁶, esa misma presunción *iuris et de iure* con respecto a la presencia del *animus inuriandi*, se ha hecho extensivo, como decía, en la mayoría de los casos en los que se han juzgado hechos calificados como ultrajes a la bandera. Así, se ha afirmado que:

“...*Determinadas expresiones o actos son de tal modo insultantes o agraviantes (quemar una bandera) que el ánimo de injuriar y de menospreciar se encuentra insito en ellos, no siendo precisa mayor prueba, que en cambio sí se exige para acreditar la posible exigencia de otros ánimos*”⁸⁷.

Obsérvese como ese comportamiento —no únicamente el de quemar la bandera— se valora desde un punto estrictamente objetivo sin atender a otro tipo de consideraciones y, es más, cuando se ha invocado la falta de la intención de injuriar, se ha dicho que ello carece de sentido lógico y “*se vuelve contra quien lo esgrime...por cuanto en virtud de ese precepto se presume la consciencia de la antijuridicidad*” (STS 31 de octubre de 1980); “... *quebrantando el respeto reverencial que se debe a ésta como madre común de todos los españoles y atacando su dignidad, sin que por ello sea necesaria una mayor indagación sobre la*

85 Entre otros, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., en *Comentarios al Código penal* (CONDE-PUMPIDO, C., Director), T. V, Barcelona, 2007, pág. 3529; RODRÍGUEZ RAMOS, L. en *Código penal (Comentado y con jurisprudencia)*, Madrid, 2005, pág. 909

86 Al respecto vid., MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona, 1988, en especial págs. 30-32, donde trae a colación la STS de 26 de junio de 1985 en la que se afirma lo siguiente: “*La jurisprudencia de esta Sala tiene repetidamente establecido que la intención de injuriar se presume siempre que no conste lo contrario, y la redacción de un trabajo periodístico destinado a su inserción en la prensa exige una atención, estudio y conocimiento del alcance que se le da y del efecto que con su difusión se pretende conseguir, que evidencia, por sí sola, la existencia de aquél ánimo o propósito de deshonrar, desacreditar y menospreciar a la persona a quien se dirige*”.

87 Así, entre otras, vid., STS 6 de diciembre de 1985, 15 de marzo de 1989, 3 de noviembre de 1989 o 26 de diciembre de 1996.

intención injuriosa con que fue ejecutada la referida ofensa...” (STS 22 de marzo de 1982).

Pues bien, con independencia de que los hechos puedan ser calificados como inaceptables, lo que me preocupa sobre manera es alguna Sentencia posterior que juzga hechos de esa naturaleza, con el actual texto punitivo, lo hace bajo un prisma preconstitucional. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 23 de enero de 2002, en la que se afirma que: *“El objeto material, se halla constituido por la Nación Española, el sentimiento de su unidad, el Estado, su forma política, así como sus símbolos o emblemas...”*. Pero, eso no es todo, sino que más adelante esa misma Sentencia concluye que: *“la dinámica comisiva...puede ser verbal, escrita, real e incluso implícita u omisiva”* (subrayado añadido).

Por otro lado, también es cierto que existen otras resoluciones de signo diverso que, por ejemplo, no consideran la presencia del ánimo de injuriar en el hecho de que el Pleno de un Ayuntamiento acordara devolver al Ministerio del Interior una bandera de España por entender que no concurre el elemento subjetivo del injusto (STS 28 de abril de 1999); o se acuerda el sobreseimiento provisional cuando tras la quema de una bandera nacional una persona que lo presencia dice: *“que mal huele la bandera española”*. Expresión, aduce el Tribunal, que no se utilizó con la intención de que fuera escuchada públicamente, sino que fue oída por dos periodistas presentes que lo publicaron (Auto Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 9 de febrero de 2006).

Como se desprende de lo anterior, salvo contadas excepciones, la jurisprudencia ha sido particularmente rigurosa en la aplicación del delito de ultrajes a situaciones que, a mi entender, eran más que dudosas⁸⁸, en las que se presumía el dolo y que,

88 Vid., cumplidas referencias al contexto jurisprudencial en VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F., “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código penal), ob. cit., págs. 240 y ss.

creo, debían haber quedado extramuros del Derecho penal⁸⁹; a pesar de que puntualmente la propia doctrina jurisprudencial ha manifestado que la presencia de otros ánimos no son excluyentes y que pueden consistir en el ejercicio indudable del derecho a la libertad de expresión de ideas, creencias y sentimientos, proclamado en el artículo 20 de la Constitución, sin otras limitaciones que las expresadas en su texto y, entre ellas, el derecho al honor, deben ceder ante la libertad de expresión, de conformidad con el principio “*in dubio pro libertate*”⁹⁰.

En esa misma línea de consideraciones optimistas no es ocioso traer a colación unos hechos que en su momento levantaron una amplia polémica en determinados sectores que finalmente acabaron presentando una querrela por, entre otros, un delito de ultrajes. Me refiero a la pitada efectuada durante la llegada de los Reyes de España al palco para presidir la final de de Copa de España de Fútbol, celebrada en Mestalla en el año 2009, así como en el momento de interpretar el himno nacional. En primera instancia, la acción penal fue inadmitida a trámite al considerar el Magistrado Instructor que, tanto las pitadas, como las pancartas con el lema “*good bye Spain*”, estaban amparadas por la libertad de expresión, y que ello no podía considerarse difamatorio, injurioso o calumnioso: “*ni mucho menos que propugnen el odio nacional o ultraje a la Nación*”, a lo que añadía que esas conductas no eran merecedoras de reproche penal teniendo, además, en consideración, el principio de intervención mínima. Auto de inadmisión del Juzgado Central de Instrucción nº 1, de 15 de julio de 2009, que fue confirmado por otro de 21 de septiembre de 2009, de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, Sección 4ª, en el que se

89 Uno de los ejemplos más evidentes de lo acabado de referir son los hechos probados que dan lugar a la Sentencia del TS de 7 de febrero de 1981: “...*el 9 de julio 19878, en la localidad de P.A. con motivo de las Fiestas Patronales en la Plaza principal y ante la mayoría de los vecinos, con la llama que producida con los cohetes que sucesivamente encendía...prendió fuego y quedaron destruidas al arder, hasta 14 banderas españolas, que intercaladas con otras de la región valenciana, estaban colocadas en palcos y balcones*”.

90 Vid., STS de 28 de abril de 1989.

afirmaba que los incidentes no fueron un ejemplo de educación, ni de civismo, a pesar de que ello no encajaba —afirmaba el Tribunal— en los preceptos penales denunciados sin obviar que el comportamiento que hubieran de soportar los Monarcas fuera más que desagradable, añadiendo que nada había que oponer a que se esté en desacuerdo con determinados símbolos o instituciones del estado y su forma, así como con el régimen fijado en el marco constitucional vigente⁹¹.

Creo, para concluir, que cuando la conducta pretendidamente ultrajante se realice sin la presencia del elemento subjetivo del injusto, esto es, sin ánimo de ultrajar, el comportamiento debería ser atípico⁹².

3. La publicidad

Como se recordará, la tipificación anterior del delito de ultrajes incriminaba un comportamiento básico: los ultrajes sin publicidad, a la vez que un tipo agravado cuando éste tenía lugar con publicidad, asignándole a uno y otro una pena distinta en función de que el ultraje se hubiera llevado a cabo de una forma u otra. Evidentemente, el núcleo del desvalor de acto se constituía objetivamente sobre el comportamiento de ultrajar, con independencia de que éste fuera realizado con publicidad o no. Sin embargo, la redacción actual del artículo 543 del Código penal introduce como requisito del comportamiento típico que el ultraje se lleve a cabo con publicidad, mientras que será atípico cuando ésta no concurra. Como ya señalaba TAMARIT

91 LLABRÉS FUSTER, A., en *Comentarios al Código penal* (GÓMEZ TOMILLO, Director), ob. cit., pág. 1861.

92 Al respecto, vid. CASTIÑEIRA PALOU, M.T., “La protección penal de las banderas de las comunidades autónomas. Ultrajes a la bandera y libertad de expresión”, ob. cit., pág. 1134, quien tras sugerir abiertamente que quedarían fuera del ámbito de lo ultrajes los actos objetivamente ultrajantes realizados sin ánimo de injuriar, concluye, no obstante, que la no exigencia de dicho animus en el art. 123 del Código penal anterior la llevan a entender que comete el delito tanto quien quema la bandera con ánimo de ultrajarla como quien realiza la misma conducta para ganar una apuesta o para gastar una broma.

SUMALLA al analizar la redacción anterior del precepto, parece que lo aconsejable sería la exigencia en el tipo de un mínimo de lesividad social como consecuencia del comportamiento típico, sin que hechos que se llevan a cabo en el ámbito privado o de forma reservada la tuvieran⁹³.

Por otro lado, existe una cierta controversia sobre lo que debe de entenderse por publicidad. En este sentido no es infrecuente que los Tribunales opten por entender que existe publicidad cuando el ultraje se ha realizado ante una concurrencia de personas, lo cual, a mi juicio, supone una ampliación desmesurada del tipo. A mi entender, una interpretación sistemática de los ultrajes en relación con las injurias nos llevaría necesariamente a entender que el concepto de publicidad debe de situarse en el ámbito normativo que nos proporciona el artículo 211 del Código penal, donde se establece que la calumnia y la injuria se entenderán hechas con publicidad: “*cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante*”, lo contrario, como anticipaba, nos llevaría a una indeseable ampliación del tipo que nos conduciría a concluir que la publicidad está implícita en cualquier supuesto en el que se ha realizado de forma pública. Nótese que una cosa es la interpretación normativa que se desprende del concepto de publicidad —el mismo que utiliza el legislador en el artículo 543 del Código penal—; pero, otra distinta es el significado que cabe atribuir al concepto de ultraje realizado públicamente, esto es, ante una concurrencia de personas, cuando, por ejemplo, se quema una bandera en una manifestación. En definitiva, creo que el ultraje se ha de interpretar que se realiza con publicidad cuando ésta ha sido buscada de propósito por el sujeto activo y no cuando, por ejemplo, la quema de la bandera ha sido grabada y emitida posteriormente en un canal de televisión⁹⁴.

93 TAMARIT SUMALLA, J.M. “El delito de ultrajes a la Nación (II)”, ob. cit., pág. 929.

94 Al respecto, vid., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Ultrajes a España”, en *Enciclopedia penal básica*, ob. cit., pág. 1234, quien llega a plantearse esta misma hipótesis.

El criterio jurisprudencial tradicional es el de estimar que existe un delito de ultrajes cuando, por ejemplo, se quema la bandera de España y es presenciado por varias personas, incluso “*en número no determinado*” (SAP Valencia, Sección 1ª, de 24 de marzo de 1999); o cuando se arria la bandera para ser arrojada al exterior, lo que es observado por dos personas y un agente de policía (SAP Barcelona, Sección 4ª, de 5 de octubre de 2009); o, incluso, cuando se convierte en público —presenciado por varias personas— por mero azar⁹⁵. En sentido contrario, también encontramos alguna sentencia donde el Tribunal niega la existencia de la agravante de publicidad, cuando la quema de las banderas española y catalana se produce en el interior de un establecimiento cerrado al público, y se lleva a cabo en presencia de un camarero además de ante tres amigos del propietario (STS 16 de diciembre de 1992).

En todo caso, con independencia de alguna resolución puntual, lo habitual es que se estime la existencia de publicidad cuando el ultraje se produce en público (que no con publicidad), aunque ello carezca de la mínima relevancia o trascendencia social; de lo cual, uno de los ejemplos ilustrativos es la afirmación siguiente: “...*siendo un delito de simple actividad que se consuma cuando los actos ofensivos son captados o presenciados por alguna persona ajena*” (STS 26 de junio de 1969)⁹⁶.

4. El ultraje de palabra, por escrito o de hecho

Unas páginas atrás, al referirme al *animus inuriandi*, he traído a colación una *preocupante* Sentencia de la AP de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 23 de enero de 2002, donde se afirmaba que:

95 GARCÍA RIVAS, N., en *Derecho penal, Parte Especial*, Tomo III, Vol II, ob. cit., pág. 260.

96 Vid., igualmente, Auto AP Guipúzcoa, Sección 2ª, de 9 de febrero de 1996, donde a mi juicio se utilizan de manera equívoca y similar los conceptos de “público” y “publicidad”, atribuyéndole a la “publicidad” el sentido que en realidad le corresponde a “público”: “...*el art. 543 C. Penal exige la publicidad como elemento determinante de la infracción. Exigencia que implica la necesidad de que el ultraje se haya realizado conscientemente de manera*

“la dinámica comisiva... puede ser verbal, escrita, real e incluso implícita u omisiva”; qué duda cabe que a tenor de lo previsto en el precepto que la ofensa o ultraje puede ser de palabra, por escrito o de hecho, pero no implícita ni creo que tampoco omisiva; modalidades de ultraje que nos llevan a vincular aún de forma más estrecha si cabe este delito con el delito de injuria; es más, téngase presente que la interpretación del ultraje como una modalidad de injuria agravada nos permite descartar la subsunción en el tipo penal de conductas injuriosas que no revistan la entidad suficiente como para ser consideradas como graves.

Además de lo anterior, que se puede concluir de una interpretación hermenéutica del precepto, lo que me parece discutible es la posibilidad de incurrir en un delito de ultraje “de hecho”, y más cuando la Sentencia que acabo de volver a referir contempla la hipótesis de que el ultraje pueda ser implícito u omisivo. Consideraciones que, no puedo compartir dado que la exigencia del elemento subjetivo especial del injusto, el *animus inuriandi*, no puede plantearse de forma implícita: o existe propósito de injuriar o no existe, ni, tampoco, creo que sea admisible un delito de ultraje por un determinado comportamiento de hecho omisivo. Así, en un desfile militar o en una revista de tropas, si alguno de los asistentes no se levanta ante el paso de la bandera, no la saluda, no se descubre o no se comporta de la forma establecida por las normas de educación o incluso por las formalidades que el protocolo disponga para cada ocasión, no creo que pueda ser constitutivo de un delito de ultrajes, no sólo porque, a mi entender, carecería de la gravedad o de la entidad suficiente como para ser considerada como un ultraje grave a la bandera o a los símbolos de un Estado, sino porque ese comportamiento, si se quiere inadecuado, puede ser una forma expresa del ejercicio de un derecho a la libertad ideológica⁹⁷. Es más, ténganse presentes

tal que pueda ser escuchado en un lugar público y en un ámbito ajeno al privado o particular de quien profiere la supuesta ofensa de palabra”.

97 Recuérdese el incidente ocurrido el día 12 de octubre de 2003, cuando el entonces jefe de la oposición no se levantó en el desfile del Día de la Hispanidad ante el paso de la bandera norteamericana: <http://www.elmundo.es/elmundo/2003/10/13/espana/1066037954.html>

las resoluciones de la Audiencia Nacional del año 2009 a las que anteriormente he aludido, donde las pitadas al himno nacional o a la presencia de los Reyes en la final de la Copa de España de fútbol, de ese mismo año, hicieron prácticamente imposible escuchar el himno nacional español y como, no podía ser de otra manera, los distintos órganos de la Audiencia Nacional acaban concluyendo que por muy reprobable o, incluso, falta de educación que fuera ese comportamiento de pitar estruendosamente al himno nacional y a los Reyes, no era más que una manifestación del derecho a la libertad de expresión.

Ahora bien, más dudas me suscitan esas modalidades comisivas cuando lo que se lleva a cabo no es un ultraje, sino una ofensa. Concepto que, como he dicho antes, entiendo que no es tautológico con respecto a los ultrajes, sino que reviste un alcance mucho más amplio en el que pudieran tener encaje comportamientos que no serían susceptibles de integrar el tipo en la modalidad de ultrajes, pero que, quizá, pudieran subsumirse en las ofensas. Al respecto ya he manifestado mi opinión sobre las dudas de constitucionalidad que las ofensas revisten, por lo que me remito a lo referido en otro lugar (Supra IV.1).

5.Un elemento adicional en la interpretación restrictiva del tipo: el uso público u oficial de las banderas

Como hemos referido, el artículo 4 de nuestra Carta Magna constitucionaliza los colores de la bandera de España en su apartado primero; mientras que en el segundo establece que las banderas y enseñas de las Comunidades Autónomas: “*se utilizarán junto a la bandera de España y en sus edificios oficiales*”, precepto que se desarrolla mediante la Ley 39/1982, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de las banderas en España y de de otras banderas y enseñas; criminalizándose, por otro lado, aquellas conductas que consistan en ofensas o ultrajes a España o sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas.

Una vez establecido el marco constitucional y legal, la primera pregunta que cabe formularse tras la constitucionalización

de la bandera y de su uso en edificios públicos y actos oficiales es: ¿si el tipo penal castiga las ofensas o ultrajes a todas las banderas o sólo a aquéllas que se usan oficialmente?. Es más, me cuestiono si sería penalmente relevante, no sólo porque el comportamiento fuere verdaderamente lesivo o causante de una dañosidad social innegable, además de poseer un contenido de antijuridicidad material fuera de cualquier duda, los hechos a los que nos hemos referido con anterioridad (STS 7 de febrero de 1981) relativos a que como consecuencia del encendido de unos cohetes en la fiesta mayor de un pueblo, se prendiere fuego a 14 banderas españolas y valencianas que estaban colocadas en palcos y balcones; o los que se dilucidan en la Sentencia de la AP de Valencia, Sección 1ª, de 24 de marzo de 1999, en la que unos aficionados de un equipo de fútbol arrebatan la bandera nacional a otros hinchas del equipo, a pesar de que: *“no se ha determinado si se trataba o no de la bandera oficial de España, procedieron a quemarla mientras increpaban a los seguidores del equipo mallorquín, lo que fue presenciado por varias personas, en número no determinado”*.

Es más, al margen de las reflexiones anteriores por los hechos realizados ante un público indeterminado que los presencia, muchas veces por puro o azar, y que, desde luego, no se realizan con publicidad; mi pregunta es si esos pretendidos ultrajes a una bandera que no se ha determinado si era la oficial, o a las banderas colgadas en una fiesta mayor que, por si fuera poco, se prenden por mala fortuna, a pesar de que el TS deduce de los hechos: *“el consciente propósito del inculpado de ultrajar y menospreciar a la nación española mediante la destrucción por el fuego del símbolo de tan alto significado”*, si, en definitiva, esos hechos poseen la relevancia penal que los Tribunales de justicia le atribuyen.

En todo caso, creo que las dudas se pueden plantear desde distintos órdenes. En primer lugar, si la referencia constitucional al uso de las banderas en edificios públicos y actos oficiales limita la aplicación del delito de ultrajes a las banderas que tienen el cometido de representación del Estado o, por el contrario, si el tipo penal debe interpretarse de forma abierta incluyéndose en

él cualquier bandera nacional tejida en tela o impresa en soporte de plástico o de papel, a pesar de que, obviamente, no tengan atribuida una función oficial; y, relacionado directamente con lo anterior, si el ultraje proferido a esa bandera posee la entidad suficiente para ser considerado penalmente relevante⁹⁸.

Atendiendo a una interpretación restrictiva del tipo en clave constitucional, es innegable que la bandera y los símbolos del Estado desempeñan una función de representación que les atribuye la Constitución y que se regula en la Ley 39/1982, de 28 de octubre; a la vez, en sentido contrario, cuando esas banderas —con independencia del formato o del tamaño—, no tienen conferido ese carácter de representación institucional, sino que su cometido es puramente ornamental o decorativo, o, cuando son utilizadas en manifestaciones, en suma, cuando no tienen un función oficial, a mi juicio, los ultrajes no integran el tipo del delito previsto en el artículo 543⁹⁹.

Por otro lado, una interpretación del precepto desde criterios de bien jurídico implica que el comportamiento ha de poseer una indudable trascendencia capaz de producir una dañosidad social que conlleve un contenido de antijuridicidad material; y, como hemos visto, no me parecen asumibles los postulados referidos a un bien jurídico relacionado con el prestigio o con el honor de las instituciones, ni con los sentimientos colectivos; y, menos aún, si adoptamos como punto de partida un criterio estrictamente material en el sentido de que para que el comportamiento sea merecedor de protección penal, éste debía de afectar al orden público. En definitiva, entiendo que la mayoría de los comportamientos que la Jurisprudencia castiga carecen de la relevancia precisa como para ser objeto de sanción penal.

98 CASTIÑEIRA PALOU, M.T., “La protección penal de las banderas de las comunidades autónomas. Ultrajes a la bandera y libertad de expresión”, ob. cit., pág. 1134.

99 Al respecto, vid., LLABRÉS FUSTER, A., en *Comentarios al Código penal* (GÓMEZ TOMILLO, Director), ob. cit., pág. 1858, así como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Ultrajes a España”, en *Enciclopedia penal básica*, ob. cit., pág. 1234.

6. Las causas de justificación en el delito de ultrajes a la bandera.

En el apartado IV.4, me he detenido en las diferentes formas comisivas del delito de ultraje, esto es, conductas que según dispone el precepto pueden realizarse de palabra, por escrito o de hecho; diferencias sobre las que, necesariamente, hemos de volver a reflexionar en el plano de las causas de justificación, es decir, entre los ultrajes de palabra o por escrito y los ultrajes de hecho.

Así, partiendo de la premisa que los derechos fundamentales no son ilimitados, que, por lo tanto, están sujetos a determinados límites, me parecen particularmente interesantes algunas resoluciones que consideran el ejercicio del derecho a la libertad de expresión como una circunstancia eximente que tendría encaje en el artículo 8.11 del Código penal anterior y/o en el artículo 20.7 del Código penal vigente, esto es: “*el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*”. Así, ya desde la STS de 28 de abril de 1989 (no se olvide que el Código penal anterior describía el comportamiento típico de una forma muy amplia y diferenciaba entre un tipo agravado y otro básico, además de prever unas significativas penas privativas de libertad por los ultrajes), se afirma que:

“...las connotaciones políticas de la moción son evidentes, suponiendo (un) ejercicio indudable del derecho a la libertad de expresión de ideas, creencias y sentimientos, proclamado en el artículo 20 de la Constitución, sin otras limitaciones que las expresadas en su texto, las cuales y entre ellas, el derecho al honor, deben ceder ante la libertad de expresión, de conformidad con el principio in dubio pro libertate...”

En términos similares, la Sentencia de la AP Girona, Sección 3ª, de 29 de julio de 2005 sostiene:

“...pues cosa distinta sería que sin realizar acciones de las características de la enjuiciada (la quema de una bandera española), se manifesten ideas u opiniones contrarias a la unidad de España, de signo claramente independentista, que tienen amplio amparo legal, siempre que no vayan acompañadas de actos violentos que infrinjan el ordenamiento penal, criterios

que tienen acogida en Sentencias AP Valencia, 24-3-99; AP Baleares 15-6-99 y STS 23-12-96...”

Por lo tanto, parece que las manifestaciones realizadas a través del lenguaje, ya sean de palabra o por escrito, tendrían encaje en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión¹⁰⁰, incluso aunque éstas fueran vulgares, despectivas o críticas; por lo tanto, si el ejercicio del derecho (a la libertad de expresión o a la libertad ideológica), se ejerce legítimamente se estará más bien ante una causa de atipicidad de la conducta por faltar el componente valorativo del tipo consistente en la lesión del bien jurídico¹⁰¹.

Ahora bien, la situación es distinta con respecto a los ultrajes de hecho a la bandera, cuyo ejemplo más claro sería el de la quema de una bandera española. En esta hipótesis es inevitable traer a colación el famoso caso de Gregory Lee Johnson quien, en 1984 participaba en una protesta frente a la Convención Republicana de Dallas, acabó quemando una bandera norteamericana. Fue condenado en primera instancia por un Tribunal inferior cuya sentencia revocó el Tribunal de apelaciones de Texas. Sentencia absolutoria que fue confirmada el día 21 de junio de 1989 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, quien afirma que la quema de la bandera nacional en manifestaciones pacíficas no constituye un delito sino que es un acto protegido por la primera enmienda de la Constitución norteamericana, donde se establece el derecho a la libertad de expresión.

Argumento que se ha pretendido trasladar miméticamente a nuestro ordenamiento jurídico, entiendo que con poco acierto, y que constituyó uno de los motivos de apelación que resuelve

100 TAMARIT SUMALLA J.,M. “El delito de ultrajes a la Nación (II)”, ob. cit., pág. 929; del mismo autor, *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, (QUINTERO OLIVARES, G., Director) T. III, 5ª edición, ob. cit., pág. 1035.

101 VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código penal)”, ob. cit., pág. 250. Igualmente, referido a las causas de atipicidad/justificación en el delito de desórdenes públicos, vid., TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, págs. 269 y ss.

la Sentencia que acabamos de citar de la AP de Girona, Sección 3ª, de 29 de julio de 2005, donde el recurrente condenado por la quema de una bandera española alega la concurrencia de la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión¹⁰².

Sin embargo, ese pretendido ultraje de hecho a la bandera española no estaría amparado por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, ya que su contenido se refiere a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción; como decía al inicio, atendiendo al objeto del derecho a la libertad de expresión, éste podría ser el derecho en el que se enmarcaran las ofensas o ultrajes siempre que éstas se realizaran de palabra o por escrito.

No obstante, en el caso de las ofensas o ultrajes de hecho por, por ejemplo, la quema de una bandera, creo que el marco del ejercicio de un derecho habría que ubicarlo en el derecho a la libertad ideológica del artículo 16 de la CE, cuyo límite constitucionalmente establecido es: “*el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”; derecho fundamental que, como señala TAMARIT SUMALLA, ha de ser entendido como un derecho a la actuación conforme a la conciencia como proyección de la

102 Fundamento de Derecho Quinto: “*Por último la alegación de que en la conducta típica existe la causa de justificación del artículo 20.7 del Código Penal. Ciertamente es que dicho precepto exige de responsabilidad criminal cuando se obra en el ejercicio legítimo de un derecho y si bien lo es la libertad de expresar públicamente aquellos pensamientos o ideas políticas de carácter independentista que pudieran haberse puesto de manifiesto en el transcurso del concierto, “ello no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar purificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso o alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad”. Y ya hemos señalado que la acción de quema de una bandera no se halla legitimada por el derecho a la libertad de expresión, lo que obliga a desestimar la alegación y en definitiva, la apelación”.*

libertad ideológica y de conciencia¹⁰³. Naturalmente, ese derecho no es ilimitado sino que se encuentra sometido a unos límites que, como establece la propia Constitución no es otro que el mantenimiento del orden público establecido por la ley y que, a mi juicio, es el bien jurídico protegido en los delitos de ultraje (Supra III) . Motivo por el que avanzaba que se trata de un delito perfectamente prescindible del catálogo punitivo del Código penal ya que esas manifestaciones ultrajantes contra España, sus Comunidades Autónomas o sus símbolos, son perfectamente re-conducibles a los delitos de desórdenes públicos, de los artículos 557 y ss. del Código penal.

En todo caso, en directa relación con lo anterior, creo que la quema de una bandera, como cualquier otro ultraje de hecho al Estado o sus símbolos, sólo sería punible si con esa conducta se lesionara el bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos.

V. Conclusiones finales

Es evidente que de lo dicho hasta ahora no puede menos que concluirse que la tipificación actual del delito de ultrajes resulta a todas luces innecesaria, ya no sólo desde la interpretación del ilícito en estricta clave de bien jurídico, sino que su incriminación entra en franca contradicción con el derecho a la libertad de expresión en el modo comisivo de las denominadas “*ofensas*”, sin perjuicio de que la inexistencia del “*animus inuriandi*” daría lugar a que el comportamiento fuere atípico; a lo que cabe añadir que los pretendidos ultrajes a las banderas o enseñas deberían de interpretarse en sentido restrictivo para circunscribir el supuesto comportamiento típico al uso público u oficial de las mismas.

103 TAMARIT SUMALLA, J.M. *la libertad ideológica en el Derecho penal*, ob. cit., pág. 90; del mismo autor, en *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, (QUINTERO OLIVARES, G., Director) T. III, 5ª edición, ob. cit., pág. 1036.