

Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Libertad de expresión y protección penal de los símbolos nacionales

Presentado por:

Elisabeth Arnillas Fernández

Tutelado por:

Juan María Bilbao Ubillos

Valladolid, 13 de julio de 2021

RESUMEN

Este Trabajo de Fin de Grado tiene como principal objetivo, además de hacer un estudio de la evolución y de los diferentes sistemas jurídicos que lo regulan, mostrar la protección hecha por el artículo 543 del Código Penal, al delito de ultrajes, a los símbolos nacionales de España, y el choque que esta protección provoca con el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión que ostentan las personas, recogido en el artículo 20 de la Constitución.

La existencia de un determinado bien jurídico protegido con este artículo, es una cuestión aún abierta en la jurisprudencia española, pues hay quienes sostienen su inexistencia y abogan por la inconstitucionalidad del precepto, y quienes mantienen la necesidad de protección que éste confiere a la Nación y a sus símbolos. A través de este trabajo, se analizan las diferentes posturas y se expone una propuesta de modificación del artículo 543 del CP, para solventar los problemas que surgen en su ámbito de sanción en relación con el derecho a la libertad de expresión.

ABSTRACT

The main objective of this Final Degree Project, in addition to studying the evolution and the different legal systems that regulate it, is to show the protection afforded by Article 543 of the Criminal Code to the crime of insulting the national symbols of Spain, and the clash that this protection causes with the exercise of the fundamental right to freedom of expression held by individuals, as set out in Article 20 of the Constitution.

The existence of a specific legal right protected by this article is still an open question in Spanish jurisprudence, as there are those who maintain its non-existence and advocate the unconstitutionality of the precept, and those who maintain the need for protection that it confers on the Nation and its symbols. This study analyses the different positions and puts forward a proposal modification of Article 543 of the Criminal Code, in order to solve the problems that arise in its scope of sanction in relation to the right to freedom of expression.

PALABRAS CLAVE

- Libertad de expresión
- Delito de ultrajes
- Ofensas
- Símbolos
- Emblemas
- Himno
- Bandera
- España
- Requisito de publicidad
- Bien jurídico protegido.

KEY WORDS

- Freedom of speech
- offence of outrage
- offenses
- symbols
- emblems
- flag
- anthem
- Spain,
- disclosure requirement
- protected legal interest.

ABREVIATURAS

- Art.: Artículo.
- CE: Constitución Española.
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- CP: Código Penal.
- RAE: Real Academia Española.
- RStGB: Reichsstrafgesetzbuch
- StGB: Strafgesetzbuch.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TS: Tribunal Supremo.

ÍNDICE

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROTECCIÓN PENAL DE LOS SÍMBOLOS NACIONALES

1. INTRODUCCIÓN	5
2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	6
2.1. Asunto Handyside contra Reino Unido (1976)	7
2.2. Asunto Otegi Mondragón contra España (2011)	9
2.3. Asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España (2018)	10
2.4. Asunto Christian Democratic People´s Party contra Moldova (2010)	12
2.5. Asunto Colombani y otros contra Francia (2002)	12
3. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE ULTRAJES EN LOS DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS.....	13
3.1. Alemania.....	14
3.2. Francia.....	15
3.3. Italia.....	17
3.4. Reino Unido.....	18
3.5. Especial referencia a la Jurisprudencia de Estados Unidos. Asunto Texas Vs Johnson (1989).....	19
4. EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ULTRAJES A ESPAÑA Y A SUS SÍMBOLOS.....	22
4.1. La Ley de Jurisdicciones de 1906.....	22
4.2. El Código Penal de 1928.....	24
4.3. El Código Penal de 1932.....	24
4.4. La Ley para la Seguridad del Estado de 1941.....	25
4.5. El Código Penal de 1944.....	25
4.5.1. <i>Modificaciones del artículo 123 del Código Penal de 1944</i>	26
4.6. La Ley de Banderas de 1981.....	27
4.7. El Código Penal de 1995.....	29

5.	ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 543 DEL CÓDIGO PENAL.....	30
5.1.	Las ofensas o ultrajes.....	30
5.1.1.	<i>El animus iniuriandi</i>	33
5.2.	Por escrito, de palabra o de hecho.....	34
5.3.	A España, a sus Comunidades Autónomas, o a sus símbolos o emblemas.....	36
5.4.	Efectuados con publicidad.....	37
5.4.1.	<i>¿Qué debería entenderse por publicidad?</i>	38
6.	¿CUÁL ES EL BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO?.....	39
7.	SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 15 DE DICIEMBRE DE 2020.....	43
7.1.	Votos particulares discrepantes a la sentencia.....	48
7.1.1.	<i>Voto particular de la magistrada Doña Encarnación Roca Trías</i>	48
7.1.2.	<i>Voto particular del magistrado Don Andrés Ollero Tassara</i>	49
7.1.3.	<i>Voto particular del magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada Doña María Luisa Balaguer Callejón</i>	50
7.1.4.	<i>Voto particular del magistrado Don Cándido Conde-Pumpido Tourón</i>	51
8.	CONCLUSIÓN.....	52
9.	BIBLIOGRAFÍA.....	55
10.	WEBGRAFÍA.....	57
11.	ANEXO DE LEGISLACIÓN.....	60
12.	ANEXO DE JURISPRUDENCIA.....	60
11. 1.	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	60
11. 2.	Sentencias del Tribunal Constitucional.....	61
11. 3.	Sentencias del Tribunal Supremo.....	61
11. 4.	Sentencias de la Audiencia Nacional.....	61
11. 5.	Sentencias de las Audiencias Provinciales.....	62
11. 6.	Sentencias de La Corte Suprema de Estados Unidos.....	62

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto examinar la problemática que surge entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la protección conferida por el delito de ultrajes, a España, sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos nacionales o emblemas, recogido en el artículo 543 del Código Penal.

Para su análisis, he utilizado diferentes parámetros. En primer lugar, se hace uso de diversas sentencias de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que se muestran escenarios de colisión entre el supuesto delito y el ejercicio de dicho derecho, como por ejemplo, los asuntos Otegi Mondragón contra España (2011) y Stern Taulats y Roura Capellera contra España (2018), entre otras. Como principio fundamental para el estudio del derecho a la libertad de expresión, se analiza también el precedente que sentó el TEDH en el asunto Handyside contra Reino Unido (1976).

En segundo lugar, se procede a hacer una comparación entre las diferentes regulaciones existentes en los ordenamientos europeos en lo relativo al delito de ultrajes. En particular, se toma en consideración el sistema jurídico alemán, francés, italiano y británico. Además, se da especial relevancia al tratamiento de esta problemática entre delito y derecho, por los tribunales de Estados Unidos, en el asunto Texas Vs Johnson (1989).

A continuación, de vuelta al sistema jurídico español, se sigue la evolución que el delito de ultrajes ha tenido desde su nacimiento hasta la actualidad, y se realiza un minucioso análisis de sus elementos, contenidos en su regulación actual en el artículo 543 del CP.

Una vez analizados sus elementos, se plantean las diferentes posiciones doctrinales acerca de la existencia del bien jurídico protegido en dicho artículo, dado que, si bien muchos autores discrepan de la necesidad de protección de este bien jurídico, otros afirman su existencia y abogan por su protección.

Finalmente, se centra la atención en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional (2020) y la división que su fallo provocó entre sus magistrados, concluyendo como humilde opinión personal la necesidad de modificar el artículo y crear un tipo atenuado y otro agravado. Por un lado, rebajar la sanción o incluso llegar a obviarla, si los ultrajes son proferidos de palabra, y por otro lado, penalizar a través de un tipo agravado aquellos ultrajes efectuados de hecho o por escrito a dichos bienes jurídicos.

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Al analizar determinados comportamientos que se consideren ofensivos o ultrajantes para un Estado, sus símbolos o emblemas, el Tribunal competente, como cuestión previa a la aplicación de la tipología delictiva correspondiente (en España el artículo 543 del Código Penal)¹, ha de realizar una valoración objetiva de los hechos. Después de la valoración, ha de estudiar cuidadosamente los pros y contras del asunto, sopesar las circunstancias en las que se ha producido y los factores circundantes, pues se puede concluir que, incluso dicho comportamiento, aun considerándose ofensivo, esté amparado por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, reconocido en nuestro país como derecho fundamental por el artículo 20.1 de la Constitución Española² y como derecho humano en el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH), sostiene que, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se entiende como la capacidad de toda persona para recibir o comunicar ideas o informaciones. Es uno de los fundamentos y condiciones esenciales, tanto para el progreso y desarrollo de los hombres, como para las sociedades democráticas. A pesar de su esencialidad, a esta libertad reconocida en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, se le impone una serie de límites y restricciones, que podemos ver en el artículo 10.2 del CEDH⁴, para mantener la seguridad a todos los niveles o para la prevención de delitos, así como para la protección de otros derechos contenidos en el Convenio, a través de un “margen de apreciación”, llevado a

¹ Artículo 543 CP: Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses.

² Artículo 20.1 CE: Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

³ Artículo 10.1 CEDH: Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

⁴ Artículo 10.2 CEDH: El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

cabo por cada Estado mediante sus leyes nacionales. Los Estados definirán estas restricciones materiales de acuerdo con su moral social, siendo proporcional la limitación a la finalidad pretendida con ella, aunque dicho margen esté estrechamente condicionado por la supervisión del TEDH, quien ejercerá en última instancia, el control sobre las injerencias estatales para determinar si son admisibles o no⁵.

1.1. Asunto Handyside contra Reino Unido (1976)⁶.

Como ejemplo, el Tribunal de Estrasburgo en el asunto **Handyside contra Reino Unido**, de 7 de diciembre de 1976, sienta un precedente al examinar y aplicar los límites expuestos por el Convenio sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión cuando entra en conflicto con el ejercicio de otro derecho. En este caso, frente a la protección de la moral, reconociendo a este derecho un especial grado de protección y trascendencia que calará en la jurisprudencia de otros tribunales.

Este asunto, conocido como *The little red schoolbook* (en español el libro rojo del colegio), se refiere a la publicación de dicho libro por una editorial londinense y su posterior incautación por parte de las autoridades policiales de Londres. El libro trataba con gran detalle y amplitud temas de sexo, masturbación, aborto, homosexualidad... y estaba dirigido a un público adolescente. A petición del *Director of Public Prosecutions*, quien consideró su contenido demasiado explícito para estos jóvenes, se procedió a su requisa.

El fallo del Tribunal de apelación incluyó, entre otras decisiones, la destrucción de los ejemplares del libro y la imposición de una multa al demandante. Éste, alegaba que su derecho a la libertad de expresión estaba siendo vulnerado, ya que, lo que con esa confiscación y destrucción se estaba ejecutando no constituía una protección moral para los jóvenes lectores, sino una discriminación contra sus opiniones políticas.

Curiosamente, lo que el Tribunal pretendía proteger es la moral de los niños que podían leer ese libro, ya que, a su juicio, éste es inmoral, y podría resultarles dañino, corrompiéndoles e incitándoles a llevar a cabo conductas antisociales.

⁵ SERRANO MAÍLLO, Isabel. “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Dos casos españoles”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pág. 584.

⁶ STEDH. Asunto Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

Lo llamativo de este asunto, fue el establecimiento por parte del TEDH de un principio, de reiterada aplicación en sentencias posteriores, sobre la proporcionalidad y la especial relevancia con que ha tratarse el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. El amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’. Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que persigue⁷.

Si bien el Tribunal decidió que el derecho a la libertad de expresión del demandante no fue vulnerado, en esta sentencia, valorada en su conjunto, se ofrece una doctrina basada en una fuerte protección de este derecho contenido en el artículo 10 del CEDH.

El artículo 10.2 del CEDH prevé la posibilidad de regular el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, no concebido como un derecho ilimitado, sino como un derecho restringido por la introducción de ciertos límites o excepciones, de modo, que será necesario llevar a cabo un juicio de ponderación cuando éste entre en conflicto con otros derechos. Esos límites se determinan por las leyes internas de cada país, y es necesario restringir su interpretación, ya que, si el ejercicio de esta libertad se limitase extremadamente, la libertad en si misma quedaría desnaturalizada y el Derecho Penal se convertiría en una herramienta de limitación y de “prohibición” de la libertad de expresión, llegando a producir un “efecto de desaliento” (*chilling effect*) al aplicar una norma penal que disuade a los ciudadanos de ejercer un derecho fundamental, como es la libertad de expresión.

Un Tribunal, ante una situación de estas características, deberá interpretar el ejercicio y sus límites, de modo que, la supuesta sanción de una norma penal, recaiga solo sobre aquellas acciones que comporten una gravedad proporcional a la limitación de un derecho de esta índole, para no llegar así a desembocar en ese efecto de desaliento y no

⁷ STEDH. Asunto Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

*situar al ciudadano ante el dilema de ejercitar o no un derecho fundamental como si de una actividad de riesgo se tratase*⁸.

Más concretamente, una vez sentado este precedente del TEDH sobre la amplia protección a la libertad de expresión, no solo frente a ideas favorables o inofensivas sino también frente a aquellas expresiones que chocan, inquietan u ofenden al Estado, la jurisprudencia del TEDH ha considerado en numerosas sentencias, que la libertad de expresión es violada cuando un acto de expresión política, que pretende comunicar una opinión o un rechazo hacia un Estado o Jefe de Estado, es castigado como un acto ofensivo o ultrajante hacia los símbolos de ese Estado al que critica.

1.2. Asunto Otegi Mondragón contra España (2011)⁹.

La sentencia dictada en el asunto **Otegi Mondragón contra España**, de 15 de marzo de 2011, se ocupa de un caso en el que se ha producido una extralimitación por parte de una persona, del uso que hizo de su libertad de expresión, llegando a producirse un delito por no enmarcarse su opinión dentro de los límites permitidos en el artículo 10.2 del Convenio.

En este asunto, se ve cómo el demandante fue condenado por injurias graves al Rey (artículo 490.3 del CP)¹⁰ debido a un pronunciamiento como portavoz de su grupo parlamentario, en el que realizaba comentarios despectivos sobre la presencia del Rey de España en la inauguración de una central eléctrica en la provincia de Vizcaya. Además, el demandante realiza una evaluación política, de contenido ultrajante, en una rueda de prensa expresando su opinión en los siguientes términos: *¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?*

⁸ COLOMER BEA, David. “La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales”. Artículo publicado en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 41, Valencia, 27 de diciembre de 2019, pág. 113.

⁹ STEDH. Asunto Otegi Mondragón contra España, de 15 de marzo de 2011.

¹⁰ Artículo 490.3 CP: El que calumniare o injuriare al Rey, a la Reina o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o a la Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son.

Esta evaluación, considerada por la Fiscalía como una injuria grave hacia la persona del Rey, fue llevada al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, quien concluyó que las declaraciones se realizaron en un ámbito de carácter público, político e institucional. En consecuencia, al no estar excluida la crítica de una institución constitucional del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, no podrá considerarse como una conducta que tenga cabida en el tipo penal.

La Fiscalía recurrió en casación la decisión ante el Tribunal Supremo (en adelante, TS), quien condenó a Otegi a una pena de un año de prisión por interpretar aquellas declaraciones como una expresión de *menosprecio del Rey y la institución que representa, afectando al núcleo último de su dignidad, al atribuirle una de las manifestaciones delictivas más graves en un Estado de Derecho*.

La decisión del TS fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), alegando la violación del derecho a la libertad de expresión e ideológica. El TC mantuvo los fundamentos expuestos por el TS y concluyó: *las manifestaciones del demandante, por su carácter obviamente infamante, van manifiestamente más allá de lo que pueden entenderse por legítimo, considerando que sí hubo injurias graves al Rey*.

Finalmente, el asunto acabó en manos del TEDH, quien hizo una interpretación restrictiva del significado de las declaraciones del demandante, y consideró que se inscribían en un debate de interés público, por lo que el margen de apreciación que las autoridades disponían para sancionar las declaraciones era especialmente limitado: *si bien es totalmente legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden público institucional, la posición dominante que estas Instituciones ocupan, obliga a las autoridades a demostrar contención en el uso de la vía penal*.

1.3. Asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España (2018)¹¹.

Aquella interpretación restrictiva realizada por el TEDH en la citada sentencia Mondragón contra España, sirvió de precedente para el mismo Tribunal en el **asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España**, de 13 de marzo de 2018, en el que dos nacionales españoles con motivo de una visita del Rey, quemaron su fotografía previamente invertida. Este hecho fue considerado por la Audiencia Nacional como una extralimitación al ejercicio del derecho de aquellas personas a su libertad de expresión, por suponer *una*

¹¹ STEDH. Asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España, de 13 de marzo de 2018.

evidente intención de menospreciar la figura de sus Majestades, no siendo necesario vilipendiar a los Reyes para manifestar el rechazo a la monarquía.

Ambos demandantes recurrieron la sentencia en amparo ante el TC, quien confirmó el carácter ofensivo e incitador al odio de sus actos por exhortar a la violencia contra el Rey y la Monarquía.

Finalmente, en la valoración realizada por el TEDH de la decisión tomada por el TC, se constató que el acto que se reprochaba contenía elementos simbólicos, y que, además de tener una relación clara con la crítica política hacia el Estado español y su forma monárquica, se enmarcaba en el ámbito de una escena provocadora *utilizada para llamar la atención de medios de comunicación y que, a sus ojos, no van más allá de un recurso a una cierta dosis de provocación permitida para la transmisión de un mensaje crítico desde la perspectiva de la libertad de expresión*, no siendo expresión por lo tanto de una crítica personal hacia sus majestades.

El Tribunal establece una clara relación entre la quema de fotografías y la expresión política amparada por la libertad de crítica, considerando entonces que, la intención que tenían los demandantes con sus actos, no era la de incitar a cometer actos violentos contra la Corona, a pesar de lo que supone quemar la imagen invertida del Rey, sino que, el acto llevaría aparejado una intención de protesta, una expresión de insatisfacción en el marco de un debate de interés público.

El TEDH constató la violación del derecho reconocido en el artículo 10 del Convenio. De esta forma, el Tribunal protegió ampliamente la libertad de crítica y expresión, demostrando el uso que se ha de hacer de los límites a estas libertades, siendo éstos necesariamente proporcionales a la finalidad legítima que se persigue proteger.

Por otra parte, el TEDH se ha pronunciado en sucesivas sentencias sobre la existencia de la violación al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cuando se produce una ofensa o ultraje a los símbolos nacionales, a través de una serie de actos como pueden ser la quema de banderas cuando se producen en circunstancias de expresión política e interés público.

1.4. Asunto Christian Democratic People's Party contra Moldova (2010)¹².

En particular, en el asunto **Christian Democratic People's Party contra Moldova**, núm. 2, STEDH de 2 de febrero de 2010, se expone cómo frente a la presencia de tropas rusas en Moldavia, los eslóganes de un partido político acompañados de gestos de desprecio, como la quema de banderas, son una expresión del ejercicio del derecho a la libertad de crítica política, por estar éstos considerados como la expresión de una opinión en un asunto de gran interés público.

El Tribunal sostiene que, la mencionada quema de banderas y fotos de líderes rusos, son actos que se pueden enmarcar como un símbolo de expresión de insatisfacción, y además, que hay una ausencia de incitación a actos violentos, ya que los eslóganes utilizados no se identificaban como llamamientos al derrocamiento del régimen constitucional.

La libertad de expresión no solo se refiere a ideas inofensivas, también ampara conductas que escandalizan o perturban, y, debido a esto, el Tribunal de Estrasburgo de nuevo no considera que la conducta enjuiciada sea objeto de condena.

1.5. Asunto Colombani y otros contra Francia (2002)¹³.

En la sentencia dictada en el **asunto Colombani y otros contra Francia**, de 25 de junio de 2002, el TEDH se pronunció sobre la vulneración del derecho a la libertad de expresión de dos personas que fueron acusadas por una ofensa proferida hacia un Jefe de Estado extranjero, a través de la publicación de un artículo de prensa en el que se ponía en entredicho la voluntad de las autoridades marroquíes y el Rey de luchar contra el tráfico de hachís en el territorio marroquí.

El Tribunal consideró que el público tenía derecho legítimo a informarse sobre el problema del tráfico de drogas que acaecía en este país, sin tener sus declaraciones intención de posicionar a los lectores contra el Rey, alegando que *no hubo una relación razonable de proporcionalidad entre las restricciones impuestas a la libertad de expresión de los demandantes y el objetivo legítimo perseguido*. La condena de estas personas *constituye una medida excesiva para proteger la reputación o los derechos de una persona, sea jefe de Estado o de Gobierno*.

¹² STEDH. Asunto Christian Democratic People's Party contra Moldova, 2 de febrero de 2010.

¹³ STEDH. Asunto Colombani y otros contra Francia, de 25 de junio de 2002.

Viene a decir que la aplicación del delito de ofensa tiende a dotar a los Jefes de Estado de un privilegio desorbitado que sobrepasa lo necesario para alcanzar ese objetivo de protección. Si a la figura del Jefe de Estado se le otorgase una protección penal especial, dicha protección sería de escasa compatibilidad con las sociedades democráticas actuales y con la finalidad del Convenio.

Una vez examinadas algunas sentencias del TEDH, queda clara cuál ha sido la posición que ha tomado en aquellos asuntos que atañen a la protección del artículo 10 del Convenio, en relación con el delito de ultrajes: el Tribunal ha optado por una postura reacia a sancionar penalmente este tipo de conductas, haciendo una interpretación muy estricta de los límites contenidos en el artículo 10.2 del Convenio.

3. LA REGULACIÓN DEL DELITO DE ULTRAJES EN LOS DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS.

En el Derecho español, el delito de ultrajes a España y a sus símbolos está recogido en el artículo 543 del Código Penal:

Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses.

Además, los emblemas del Estado: escudo, bandera e himno, gozan de protección penal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 39/1981¹⁴.

Los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo 4 del presente texto, se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes.

Si comparamos el artículo 543 del CP español con sus preceptos equivalentes en otros países europeos, encontramos similitudes y artículos análogos. El ámbito punible varía en función de cada país, teniendo en cuenta factores como la gravedad, la extensión, o el bien jurídico protegido.

¹⁴ Ley 39/1981, de 28 de octubre, (B.O.E. núm. 271, de 12 de noviembre de 1981): Regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas.

3.1. Alemania.

En la **legislación alemana**, el delito de ultrajes está recogido en el artículo § 90a¹⁵ del StGB¹⁶, bajo la rúbrica de “Difamación del Estado y de sus símbolos”.

Éste tiene su origen en una figura anterior, el artículo § 135 del RStGB¹⁷. El actual artículo ha sufrido modificaciones y retoques de estructura, hasta llegar a la configuración legal que ahora se aplica.

Alemania, es uno de los países europeos más estrictos en la defensa de sus símbolos. Su regulación sanciona con dureza las conductas ultrajantes hacia el bien jurídico protegido, siendo la pena impuesta: la privación de libertad hasta tres años o multa, a quienes injurien a la República, su bandera, su escudo o himno, de forma pública. Dicha pena puede agravarse según el punto (3)¹⁸ de este artículo, de tal forma que, la duración de la prisión puede llegar a ampliarse hasta cinco años o multa en el caso de aquel que se empeñe en negar la existencia de la República Federal Alemana, o ir en contra de sus principios constitucionales.

Además de la protección conferida a los símbolos federales y de los Länder, a través de la redacción del artículo § 104 del StGB¹⁹, también protege la bandera y los símbolos representativos de Estados

Símbolos patrios de Alemania.



Bandera de Alemania.



Escudo de Alemania.

La Reichsadler.



El Roble de Thor.

¹⁵ Artículo § 90a StGB: (1) Quien públicamente en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (§11, inciso 3) 1. injurie o vilipendie a la República Federal de Alemania o a alguno de sus Estados o a su orden constitucional o 2. difame los colores, la bandera, el escudo o el himno de la República Federal de Alemania o de alguno de sus Estados, será castigado con privación de la libertad hasta por tres años o con multa. (2) Del mismo modo será castigado, quien retire, destruya, dañe, inutilice o haga irreconocible una bandera izada en público de la República Federal de Alemania o de alguno de sus Estados o un símbolo de soberanía de la República Federal de Alemania o de alguno de sus Estados expuesto públicamente por alguna autoridad o haga con ello escándalo público injurioso. La tentativa es punible.

¹⁶ StGB: Strafgesetzbuch es el Código Penal alemán actual.

¹⁷ RStGB: Reichsstrafgesetzbuch es el Código Penal del Reich alemán.

¹⁸ Artículo § 90.a StGB: (3) La pena es de privación de la libertad hasta por cinco años o multa cuando por medio del hecho el autor niega intencionalmente la existencia de la República Federal de Alemania o atenta contra los principios constitucionales.

¹⁹ Artículo § 104 StGB: (1) Quien retire, destruya, dañe, o inutilice una bandera de un Estado extranjero que haya sido expuesta públicamente por una representación reconocida de ese Estado con base en disposiciones legales o de acuerdo con costumbres reconocidas o quien haga

extranjeros, imponiendo penas privativas de libertad de hasta dos años o multa, en caso de que éstos sean retirados, destruidos, dañados o inutilizados.

También hay que destacar, el hecho de que el país germano posee antecedentes nazis. La huella que ha dejado en la historia esta ideología, conlleva la prohibición de la exhibición de forma pública, de emblemas de simbología nazi, para cualquier fin que no esté relacionado con la enseñanza, la ciencia o el arte.



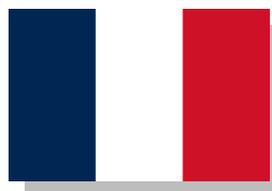
Cruz de hierro.

En el Derecho Penal alemán, la Ley del uso de simbología de organizaciones anticonstitucionales, considera el uso de cualquier tipo de simbología que pueda ser contraria a la constitución de la República Federal de Alemania, como “símbolos de organizaciones anticonstitucionales”, y, su exhibición, será sancionada a través del artículo § 86a del StGB²⁰, el cual realiza una remisión hacia la mencionada ley, con una pena de hasta tres años de cárcel o multa.

3.2. Francia.

En **Francia**, el delito de ultrajes está recogido en el artículo 433-5-1²¹ de su Código Penal, bajo la rúbrica de “Desacato”. Este artículo castiga, con una pena de multa de 7.500 euros, las ofensas públicas hacia el himno nacional o la bandera, además, añade el agravante de seis meses de prisión en caso de que la comisión del delito se realice en grupo.

Símbolos patrios de Francia.



Bandera de Francia.

con ello escándalo público injurioso será castigado con pena privativa de la libertad hasta por dos años o con multa.

²⁰ Artículo § 86a StGB: (1) Con pena privativa de la libertad hasta por tres años o con multa será castigado, quien: 1. en el territorio, distribuya, o emplee públicamente en una reunión o en publicaciones (§11, inciso 3) distribuidos por él, distintivos de uno de los partidos y asociaciones descritas en el § 86, inciso 1, numerales 1, 2, 4, o: 2. produzca mantenga en depósito, introduzca o explote objetos que representen o contengan tales distintivos, para distribución o empleo en el territorio o en el exterior en la forma y modo descritas en el numeral 1. (2) Distintivos en el sentido del inciso 1 son en especial banderas, escudos, partes de uniformes, consignas, y formas de saludo. A los distintivos de la primera frase se equiparán aquellos que se pueden confundir con ellos. (3) El § 86, incisos 3 y 4, rigen en lo pertinente.

²¹ Artículo 433-5-1 CP francés: El hecho de ofender públicamente, en el curso de un evento organizado o reglamentado por las autoridades públicas, el himno nacional o la bandera tricolor será castigado con una multa de 7.500 euros. Cuando el hecho se cometa en grupo el ultraje será castigado con seis meses de prisión y 7.500 euros de multa.

Hay que destacar que, el mencionado artículo francés, condena únicamente aquel comportamiento ofensivo que ocurra en el transcurso de una ceremonia pública, organizado por autoridades públicas, como por ejemplo, los principales eventos deportivos, los cuales han sido, en repetidas ocasiones, el escenario ideal para la producción de estas conductas objeto de penalización.



Escudo de Francia.

El 14 de octubre de 2008, se disputó en Paris un partido de fútbol de la selección francesa contra la selección tunecina, donde se produjo, por parte de los aficionados, una gran pitada contra el himno nacional francés, *La Marsellesa*. Esta conducta, que se había repetido en varios encuentros anteriores, fue el detonante que impulsó la modificación de la ley francesa en aquellos aspectos relativos a los ultrajes u ofensas hacia el himno nacional.



Himno de Francia,

La Marsellesa.

Los hechos, dieron lugar a numerosas reacciones entre políticos franceses, independientemente de la ideología que éstos tuvieran. Todo ello, desembocó en la incorporación de una cláusula, como enmienda a un proyecto de ley sobre la seguridad interna francesa, por la que se establecía la suspensión de los partidos en los que el himno fuera ultrajado, por el tiempo que tardasen los representantes del Estado y miembros del gobierno en abandonar el campo de futbol. Además, se acordó la anulación de los encuentros amistosos contra el país rival durante un determinado periodo de tiempo.

Además, a partir de una ley francesa de Julio de 2010, tanto el hecho de profanar la bandera francesa en público, como la distribución de imágenes con carácter ofensivo en el ámbito privado, también se considerará sancionable.

3.3. Italia.

Las leyes en **Italia** son más “benévolas” en la penalización de este tipo de conductas ultrajantes. El delito de ultrajes está recogido bajo la rúbrica “De los delitos contra la personalidad interna del Estado”, en dos artículos: El artículo 291 de su Código penal²², que castiga cualquier vilipendio público a la nación, con una multa de hasta 5.000 euros, mientras que el artículo 292²³ se centra en el ultraje concreto a la bandera o emblema, sancionando la conducta con la misma cantidad que el artículo anterior, y añadiendo un incremento de la multa de hasta 10.000 euros, en caso de que el ultraje sea cometido en un acto público u oficial.

De forma más estricta, el punto 2²⁴ del último artículo citado, sanciona con pena de prisión de hasta dos años, aquella conducta por la que una persona de forma intencional y pública, ofenda por medio de acciones, tales como: destruir, manchar o deteriorar, la bandera nacional u otro emblema del Estado, incluyendo en el punto 3²⁵, cualquier bandera que lleve los colores nacionales, como bandera oficial.

Antes de la redacción actual, ambos artículos castigaban dichas conductas ofensivas con penas de prisión de uno a tres años. La reforma realizada por la Ley núm. 85, de 24 de febrero de 2006, da una visión más democrática y menos proteccionista de la nación italiana.

El artículo 292 estaba complementado por el artículo 292-bis y 293, que regulaban una circunstancia agravante, incrementando la pena impuesta si el delito era cometido por

Símbolos patrios de Italia.



Bandera de Italia.



Escudo de Italia.

²² Artículo 291 CP italiano: Insulto a la nación italiana: Cualquiera que vilipendie públicamente a la nación italiana es sancionado con una multa de entre 1.000 y 5.000 euros.

²³ Artículo 292 CP italiano: Insulto o daño a la bandera u otro emblema del Estado: 1. Cualquiera que vilipendie la bandera nacional u otro emblema del Estado con expresiones insultantes será sancionado con una multa de entre 1.000 y 5.000 euros. La sanción se incrementa de 5.000 € a 10.000 € en el caso de que el mismo acto se cometa con motivo de un acto público o ceremonia oficial.

²⁴ Artículo 292.2 CP italiano: Cualquiera que de manera pública e intencional destruya, disperse, deteriore, inutilice o manche la bandera nacional u otro emblema del Estado será castigado con prisión de hasta dos años.

²⁵ Artículo 292.3 CP italiano: A los efectos del Derecho penal, la bandera nacional significa la bandera oficial del Estado y cualquier otra bandera que lleve los colores nacionales.

“ciudadano en territorio extranjero”. Pero ambas disposiciones fueron derogadas por el artículo 12 de esa Ley núm. 85, que, como ya se ha apuntado anteriormente, tuvo como objetivo elevar el pluralismo del país.

A pesar de la protección otorgada por estos artículos a la bandera y a los símbolos del Estado, las leyes italianas no hacen mención del supuesto ultraje hacia el himno nacional, por lo que, si ocurriese un hipotético acto de desprecio contra él, se consideraría impune y no se aplicaría ninguna sanción penal.

3.4. Reino Unido.

En **Reino Unido** existen diversos ordenamientos jurídicos, debido a su origen como unión de naciones independientes. El sistema jurídico británico no es un sistema unitario, ya que, está dividido en territorios, estando constituido por Inglaterra, Escocia y Gales. Tanto en las leyes del Derecho inglés y galés, como en el Derecho escocés, y en el Derecho Norirlandés, no contienen ningún tipo, precepto o artículo que den protección a los símbolos o emblemas del Estado.

Ha habido alguna ocasión en la que jefes policiales han reclamado que el hecho de quemar la bandera británica ha de ser considerado ilegal, pero, llevar a cabo una reforma de este tipo en la ley es casi impensable debido a la marcada tradición liberal anglosajona²⁶.

Aun así, han existido casos en los que se ha multado a personas que han quemado la bandera, con cantidades que rondan los 600 euros, pero no son tipificados como delitos de ultrajes, sino como escándalo público.

Símbolos patrios de Reino Unido.



Bandera de Reino Unido.



Escudo de Reino Unido.

²⁶ SANTANA VEGA, Dulce M^a. “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas ¿Protege algún bien jurídico-penal?” *Cuadernos de política criminal*, núm. 99, 2009, pág. 40.

3.5. Especial referencia a la Jurisprudencia de EEUU. Asunto Texas Vs Johnson (1989)²⁷.

Tanto la quema de banderas como la ofensa hacia símbolos o emblemas nacionales, en los **Estados Unidos de América**, no es considerado como un posible delito de ultrajes.

En Estados Unidos, existe una amplia protección de los derechos y las libertades personales. Están protegidos por la Constitución estadounidense—desde 1791, a través de las diez primeras enmiendas.

La Primera Enmienda prohibió la posibilidad de crear leyes que impidan, reduzcan o violen el derecho a la libertad de expresión, entre otras libertades, como la de prensa, reunión o religión.

En 1989, el Tribunal Supremo, en un fallo histórico, dictó que la quema y otros actos de profanación de las banderas constituyen un discurso simbólico (*symbolic speech*), amparado por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, blindado, como ya he dicho, por la Primera Enmienda de la Constitución de EE.UU.

En el asunto U.S. contra Eichman, 496 U.S. 310 (1990), el Alto Tribunal declaró que, todas aquellas leyes que castigaban estos actos de profanación de la bandera, eran inconstitucionales. Antes de esta fecha, el Tribunal, ya se había pronunciado en numerosas sentencias, acerca de la protección de la libertad de expresión, en relación con actos ofensivos hacia emblemas o símbolos nacionales, como por ejemplo, en la sentencia *West Virginia Board of Education vs Barnette* (1943)²⁸, sentencia *Street vs New York* (1969), o sentencia *Spence Vs Wahington* (1974)²⁹, entre otras, pero nunca se había atrevido a pronunciar la inconstitucionalidad que

Símbolos patrios de los Estados Unidos.



Bandera de Estados Unidos.



Sello de los Estados Unidos.

Himno Nacional de los Estados Unidos



Himno de Estados Unidos.

²⁷ U.S. Supreme Court. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

entrañaba castigar la quema de la bandera estadounidense³⁰. Hubo que esperar hasta 1989 para declarar su inconstitucionalidad.

La sentencia dictada en el asunto **Texas Vs Johnson**, de 1989, se convirtió en una sentencia histórica, marcando un antes y un después a la hora de sancionar un comportamiento ultrajante, no sólo respecto a los ciudadanos americanos, sino también sirvió de precedente en otros países europeos. Los tribunales españoles a la vista de controversias entre el derecho a la libertad de expresión y un posible delito de ultrajes, mencionan principios establecidos en esta sentencia, tanto para afirmar la existencia del delito de ultrajes³¹ como para proteger la libertad de expresión.

Los hechos de la mencionada sentencia, sucedieron en Dallas, Texas, en la Convención Nacional Republicana de 1984. En el transcurso de una manifestación, Gregory Lee Johnson quemó la bandera estadounidense y, junto con otros manifestantes, profirió insultos hacia ella. Los integrantes de la manifestación protestaban sobre la forma de actuación política de Ronald Reagan, presidente en aquel momento y candidato a la reelección.

El Sr. Johnson fue acusado y condenado por *profanación de monumento público, de objeto sagrado, de lugar de culto o de sepultura o de la bandera estatal o nacional*, tipificado en estos términos en el Código Penal de Texas.

El Estado de Texas, justifica la condena a Johnson, basándose, tanto en la necesidad de garantizar el orden público como en el interés de proteger la bandera, como un símbolo de la nación y expresión de la unidad de la patria. Si Johnson (o cualquier persona) profana o maltrata la bandera, de tal forma que llega poner en duda la representación de ésta como símbolo de unidad, entonces, el mensaje que se transmite a

²⁸ U.S. Supreme Court. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943): en la que se anula la sanción a los Testigos de Jehová, por negarse a saludar la bandera.

²⁹ U.S. Supreme Court. *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969) y U.S. Supreme Court. *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974): El TS confirma el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los acusados por realizar un acto ofensivo contra la bandera.

³⁰ Véase: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. Victor. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Boletín Oficial del Estado; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Edición 2ª, 2006.

³¹ STC núm. 190 / 2020, de 15 de diciembre: el TC resuelve que los ultrajes a la bandera de España no están amparados por la libertad de expresión; SAP de Girona (Sección Tercera, Penal), de 29 de julio de 2005: la AP declara que la acción de la quema de bandera no está legitimada por el derecho a la libertad de expresión.

través de la acción en cuestión, debe ser prohibido por ser peligroso y sembrar dudas sobre la unidad de la patria en las personas que presencian ese maltrato.

La interpretación de los hechos expuesta por Texas, no tiene en cuenta que, se permite aplicar la Primera Enmienda, a partir del caso *Gitlow Vs. Nueva York* (1925)³², a las leyes estatales estadounidenses, quedando así, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, ampliamente protegido.

Por lo tanto, el hecho de no estar de acuerdo con el mensaje que transmite una persona, haciendo uso de su libertad de expresión, no significa que éste pueda ser sancionado o limitado, ya que, la libertad de expresión, ampara todo tipo de ideas u opiniones, siempre que sean exteriorizadas de forma pacífica. En caso de que el ultraje sea proferido hacia una bandera nacional y su función de representación simbólica resulte ultrajada, el Tribunal mantiene que no se podrá penalizar dicho acto.

Según el Tribunal, la degradación, quema o insulto de la bandera estadounidense, cuando se realiza como medio de expresión de ideas políticas, no ha de ser castigada penalmente, ya que conllevaría mutilar la libertad que la misma bandera representa, esencia del sistema norteamericano: *castigar la quema de la bandera diluiría la misma libertad por la cual ese símbolo es tan respetado*³³.

Por otra parte, esta sentencia marca una importante diferencia entre los términos “*speech*” y “*conduct*”. Si se trata de una acción definida como “*conduct*”, en caso de estar guiada por un interés determinado, podrá regularse su limitación; por el contrario, si se trata de un discurso, o expresión, tachado como “*speech*”, existe una amplia libertad, y su limitación no podrá ser regulada. En este sentido, la acción del Sr. Johnson fue considerada por la mayoría de la Corte como un “*speech*”, que formaba parte de su manifestación política, y que, contenía los suficientes elementos de comunicación para transmitir un mensaje, por lo que, su conducta quedaría amparada bajo la protección de la Primera Enmienda.

El Tribunal Supremo de Estado Unidos, a través de esta sentencia, dejó claro que, el hecho de hacer públicas discrepancias intelectuales o políticas, está protegido por la

³² U.S. Supreme Court. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925): La Corte Suprema de los EE.UU. protege a través de La Primera Enmienda, la libertad de expresión, y, establece que “*Congress shall make no law...abridging the freedom of speech*” se aplicará también a las leyes estatales.

³³ U.S. Supreme Court. *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310, (1990): Acusación a unos individuos, por violar la Ley de Protección de la Bandera de 1989, que finalmente de desestima, declarando la inconstitucionalidad de la ley.

Constitución, así como el derecho a exteriorizar opiniones sobre la bandera nacional, aun siendo estas expresiones provocadoras, despreciativas o incluso violentas.

La libertad de expresión en Estados Unidos, protege acciones que pueden provocar reacciones e indignación en la sociedad, pero esta indignación, no conlleva la suficiente justificación como para reprimir acciones de la propia sociedad, porque de lo contrario, se estarían acotando en exceso los márgenes de esta libertad.

El fallo del Tribunal Supremo en el asunto Texas Vs Johnson, ha sido determinante en los Estados Unidos de América, amparando bajo el derecho a la libertad de expresión que defiende la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense, la quema y los actos de profanación hacia la bandera nacional.

4. EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ULTRAJES A ESPAÑA Y A SUS SÍMBOLOS

El delito de ultrajes está recogido en el artículo 543 de nuestro Código Penal. Es fruto de la modificación, y consecuente evolución de leyes y preceptos anteriores que tenían como objetivo reprimir los delitos contra la Patria y el Ejército.

4.1. La Ley de Jurisdicciones (1906).

El primer vestigio de un precepto en España, que castigaba los delitos de ultrajes, se encuentra en la **Ley de Jurisdicciones, de 23 de marzo de 1906**³⁴, sobre represión de los Delitos contra la Patria y el Ejército, la cual fue impulsada por el político Segismundo Moret³⁵. Se mantuvo en vigor hasta el 17 de abril de 1931.

Aunque esta ley, como dice ALMUIÑA FERNÁNDEZ, sea desde el punto de vista político, un gran error, se ha de destacar el impacto que tuvo al definir los delitos, el medio, la jurisdicción, el procedimiento y las penas³⁶.

³⁴ Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906: (*Gaceta de Madrid*, núm.114, de 24 de abril de 1906).

³⁵ Segismundo Moret fue un político español que, junto con Romanones como ministro del Gobierno, permitió el cambio legislativo que proponían los militares, para así poder juzgar a través de la jurisdicción militar, las críticas que se hacían al ejército, bandera u otro símbolo nacional. Además, modificó el Código de Justicia Militar.

³⁶ ALMUIÑA FERNÁNDEZ, Celso. “La jurisdicción militar y el control de los medios de comunicación. Annual y la censura de material gráfico (1921)”. *Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea*, núm. 6, 1986, pág. 222.

A través de esta Ley, se otorgó a la Jurisdicción Militar, el enjuiciamiento de aquellas ofensas que se profiriesen hacia la patria, el honor del ejército, la bandera, o cualquier símbolo nacional, que fuesen hechas de forma oral o escrita. Además, varios de sus artículos imponían un severo recorte de las libertades públicas, en concreto, de la libertad de expresión.

Su origen, se remonta, por un lado, a un contexto en el que, en ese momento, el sentimiento nacional español estaba en crisis³⁷, y por otro lado, su creación surge como reacción ante el famoso incidente del *¡cu-cut!*, que fue el detonante de la conmoción de los militares.

Así, en los artículos 1, 2 y 3 de esta ley, se pone de manifiesto su carácter proteccionista del sentimiento nacional español, castigando con *penas de prisión correccional*, e incluso *en su grado máximo a muerte*, aquellos ultrajes, injurias, u ofensas hacia *la Patria, la Nación o el ejército*.

Además, la ley en su artículo 5 señala como Tribunal específico competente, a los Tribunales del Fuero de Guerra y Marina para enjuiciar a quienes llevasen a cabo la conducta tipificada en el artículo 3, o para aquellos que sean parte del Ejército, dejando a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios las demás causas.

La implantación de esta ley generó gran polémica, tanto en el ambiente parlamentario como en el ambiente social. Segismundo Moret, intentó paliar de antemano esta agitación, que sabía que iba a provocar su publicación, a través de la incorporación de una Real Orden³⁸, en la misma Gaceta en la que se publicaba la Ley. A través de ella, explicó el contenido de la ley y su finalidad, e intentó exponer su esencia.

Moret, justificaba su creación argumentando en la Real Orden que la finalidad de la ley, se centraba *en el ataque armado contra la Patria, en el ultraje contra la Nación, en la injuria y ofensa contra el Ejército o la Armada y en la apología de estos delitos*. Afirmó, que en realidad, su intención era incluir en el Código Penal un delito que antes no existía, pero que, debido a



Viñeta de la revista *¡Cu-Cút!*, que ofendió a los militares.

³⁷ SANTANA VEGA, Dulce M^a, op. cit., pág. 36; y TAMARIT SUMALLA, Josep María, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9^a Edición, 2011, pág. 2135.

³⁸ Real Orden de 23 de abril de 1906: (*Gaceta de Madrid*, núm. 114, de 24 de abril de 1906). Trata de matizar y mitigar el impacto de la Ley de Jurisdicciones en la opinión pública.

las circunstancias que imperaban en España y en el resto de Europa, la inclusión de la penalización de este delito en el Código Penal era “*una imperiosa exigencia*”.

4.2. El Código Penal de 1928.

Durante la Dictadura del General Primo de Rivera, **el Código Penal de 1928**³⁹, recoge una nueva redacción del delito de ultrajes en sus artículos 230 y 231 del Capítulo I, “Delitos contra la patria”, Libro Segundo, “De los delitos y sus penas”, Título I, “Delitos contra la seguridad exterior del Estado.

En el artículo 231, el legislador realiza una breve reproducción de los primeros artículos de la Ley de Jurisdicciones, estableciendo penas de *reclusión de uno a diez años*, a aquellos que *con publicidad* y por diferentes medios de difusión *hicieran manifestaciones ofensivas para la unidad de la Patria o ultrajen a la nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema*. De este modo, se introduce por primera vez de manera explícita, el requisito de publicidad, a diferencia de la redacción de sus artículos precedentes, los cuales sólo hacían referencia a medios mecánicos de publicación. El requisito de publicidad, de vital importancia en la actualidad, con anterioridad a la redacción del nuevo CP de 1928, solo estaba implícito.

Esta incorporación se mantuvo poco tiempo en vigor, ya que, el advenimiento de la Segunda República supuso su derogación.

4.3. El Código Penal de 1932.

La instauración de la República, el 14 de abril de 1931, llevó consigo la derogación, tanto del Código Penal de 1928, como de la Ley de Jurisdicciones de 1906, lo que dio lugar a la necesidad de crear un nuevo Código Penal, denominado **el Código Penal del régimen republicano de 1932**⁴⁰.

A diferencia de las anteriores regulaciones, el legislador no contemplo en ningún precepto el delito de ultrajes a la bandera o símbolos nacionales.

³⁹ Código Penal de 1928: (*Gaceta de Madrid*, núm. 257, de 13 de septiembre de 1928).

⁴⁰ Código Penal de 1932: (*Gaceta de Madrid*, núm. 310, de 5 de noviembre de 1932). En realidad, solo llegó a ser una reproducción del Código de 1870 con ciertas modificaciones y reformas de carácter constitucional, de ahí, que se llegase a conocer como el Código Reformado de 1932.

4.4. La Ley para la Seguridad del Estado de 1941.

Con la llegada del régimen franquista, el delito de ultrajes vuelve a ser objeto de regulación en la **Ley para la Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941**⁴¹.

En su artículo 27, castiga *los ultrajes a la nación española o al sentimiento de su unidad, así como a sus símbolos y emblemas*, con penas de prisión, cuya gravedad varía dependiendo de la concurrencia o no del requisito de publicidad.

Si el ultraje no tuviera lugar con publicidad, se impondrá la pena de *prisión de uno a cinco años*, en cambio, la pena será de *cinco a diez años* si la conducta se produce con tal requisito.

En este artículo también se recogen los ultrajes encubiertos. La Ley sancionaba este tipo de ultrajes con penas de *seis meses de arresto a dos de prisión*. La sanción al ultraje encubierto se agravaba si se produce con publicidad, estableciendo como sanción la *“prisión de tres a seis años*”.

El legislador, en la reincorporación del delito de ultrajes al código, introduce una nueva sanción dirigida a todos los que hayan cometido un ultraje, según los términos redactados en dicho artículo 27, independientemente de que hayan tenido lugar con la concurrencia o no del requisito de publicidad. La sanción que se impone será *la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un periodo de dos a diez años*.

A partir de la introducción de esta Ley en el sistema español, el requisito de publicidad en el ultraje fue decisivo a la hora de determinar las penas. A mediados del Siglo XX, la publicidad se convierte en el requisito necesario para la aplicación de un tipo agravado.

4.5. El Código Penal de 1944.

Posteriormente, aparece el **Código Penal de 1944**⁴², que introduce el delito de ultrajes en el artículo 123, Libro II, “Delitos y sus penas”, Título I, “Delitos contra la seguridad exterior del Estado”, Capítulo I, “Delitos de traición”.

⁴¹ Ley para la Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941: (B.O.E. núm. 101, de 11 de abril de 1941).

⁴² Decreto de aprobación y promulgación del Código Penal, Texto refundido de 1944: (B.O.E. núm. 13, de 13 de enero de 1945).

La redacción del mencionado artículo, presenta similitudes con su antecedente más próximo, esto es, por un lado, reproduce de forma idéntica la conducta anteriormente tipificada: *los ultrajes a la nación española o al sentimiento de su unidad, así como a sus símbolos y emblemas*, y por otro lado, establece como agravante el requisito de publicidad, siendo la pena de *prisión menor de seis meses y un día a seis años*, si el ultraje se ha llevado a cabo sin contar con el requisito de publicidad, mientras que, si cuenta con él, la pena será de *prisión mayor de seis años y un día a doce años*.

Por el contrario, el artículo 123, a diferencia de su predecesor artículo 27, elimina la mención sobre los ultrajes encubiertos y la pena de inhabilitación para el ejercicio de cargo público.

4.5.1. *Modificaciones del artículo 123 del Código Penal de 1944.*

- La **Ley 3/1967, de 8 de abril**⁴³, sobre la modificación de determinados artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, realizó cambios en el artículo 123.

Al tenor literal del artículo se incorporaron los términos *al Estado o su forma política*, como sujetos pasivos del delito de ultrajes. El Gobierno del régimen franquista, amplió el ámbito de lo injusto a los ultrajes al Estado o su forma política, proporcionando aún más protección a la única forma política aceptada en esos momentos, y castigando las disidencias⁴⁴.

- Aunque el Código Penal de 1944 experimentó diversas modificaciones por medio de la publicación del **Texto Refundido del Código Penal de 1973**⁴⁵, ninguna de ellas afectó a la redacción del tipo penal de los ultrajes. Éste permaneció intacto incluso después de la aprobación de la **Constitución de 1978**.

⁴³ Ley 3/1967, de 8 de abril: (B.O.E. núm. 86, de 11 de abril de 1967) sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴⁴ CÓRDOBA RODA, Juan. *Comentarios al Código penal, Parte General, T. III*, 1978. Tirant lo Blanch, pág. 31.

⁴⁵ Decreto 3096, de 14 de septiembre de 1976, por el que se publica el Código Penal, Texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (B.O.E. núm. 297, de 12 de diciembre de 1973).

4.6. La Ley 39/1981.

La **Ley 39/1981**⁴⁶ se compone de diez artículos que regulan el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas. Esta ley en su artículo 1 equipara la bandera de España a “*la nación, soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria*” y la considera como una “*forma de representación de los valores superiores expresados en la Constitución*”.

Con esta equiparación y consideración de la bandera como representante de los valores superiores constitucionales, se podría decir que, cuando el Código Penal en el artículo 123 da protección a la nación, la unidad y sus símbolos, también está protegiendo a la bandera como representante de todo ello, por lo tanto, el bien jurídico que se protege es el sentimiento de nación, soberanía e integridad. Esta interpretación produce discrepancias entre los juristas, debido al aún abierto debate en la jurisprudencia española sobre cuál debe ser el bien jurídico protegido por el delito de ultrajes (discusión de la que me ocuparé más adelante).

El artículo 10.1 remite a la legalidad vigente el castigo a “los *ultrajes y ofensas a la bandera de España*” y de sus Comunidades Autónomas. Las banderas de las Comunidades Autónomas que estén reconocidas por sus Estatutos como bandera propia (según el artículo 4 de esta Ley)⁴⁷, cuentan con la misma protección penal que la bandera nacional.

La redacción original del artículo 10, contaba con cuatro apartados, pero en 1992, los párrafos 2 y 3 fueron derogados. El apartado segundo exponía las infracciones contenidas en esta ley como incursores en el artículo 123 del Código Penal de 1944 y el artículo 316 del Código de Justicia Militar⁴⁸, “*sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran proceder*”. El apartado tercero, exponía que todas las conductas enmarcadas en el artículo 3 de esta ley⁴⁹, se considerarían realizadas siempre “*con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el artículo 123 del CP*”.

⁴⁶ Ley 39/1981, de 28 de octubre: (B.O.E. núm. 271, de 12 de noviembre de 1981): Regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas.

⁴⁷ Artículo 4 de la Ley 39/1981: En las Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos reconozcan una bandera propia, ésta se utilizará juntamente con la bandera de España en todos los edificios públicos civiles del ámbito territorial de aquélla, en los términos de lo dispuesto en el artículo sexto de la presente ley.

⁴⁸ Artículo 316 CP Militar: Incurrirán en la pena de prisión hasta seis años los que, de palabra, por escrito o por cualquier otro medio de publicidad, injurien u ofendan clara o encubiertamente a los Ejércitos o a Instituciones, armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos.

⁴⁹ Artículo 3 Ley 39/1981: relativo al lugar que ha de ocupar la bandera de España en edificios públicos y similares.

Ambos fueron objeto de análisis en dos sentencias⁵⁰ que declararon su inconstitucionalidad, *al no tener rango de ley orgánica e imponer restricciones de derechos fundamentales*⁵¹.

En la Sentencia 118/1992, de 16 de septiembre, se planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el apartado 3 del artículo 10, promovida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por considerarse contrario al artículo 81.1⁵² en relación con los artículos 17.1⁵³ y 25.1⁵⁴ de la Constitución. Por lo tanto, la Ley 39/1981, al no tener rango de ley orgánica, no podía castigar con penas privativas de libertad, pues sería contraria al principio de legalidad y de libertad. Así lo establece la mencionada sentencia, que finalmente declara inconstitucional el apartado tercero del artículo 10, ya que, *la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental*.

El Tribunal pone en entredicho la redacción que ha hecho el legislador del apartado tercero, dado que, la creación *ex novo* de un deber de ostentación de los ciudadanos hacia la bandera, hace necesaria una modificación de la ley penal. Se distingue en esta sentencia entre el deber de publicidad de la bandera nacional contenido en la Ley 39/1981 y el requisito de publicidad como tipo agravado de los ultrajes contenido en el artículo 123 CP: *puesto que una cosa es el deber de publicidad y ostentación de las banderas y otra distinta la publicidad en la comisión de los actos de ultraje y ofensa a las banderas*.

Los apartados primero y segundo de este artículo también fueron objeto de análisis en la Sentencia 119/1992, de 18 de septiembre. La cuestión de inconstitucionalidad es formulada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, por motivos

⁵⁰ STC núm. 118/1992, de 16 de septiembre, (B.O.E. de 14 de octubre de 1992) y STC núm. 119/1992, de 18 de septiembre, (B.O.E. de 14 de octubre de 1992).

⁵¹ SANTANA VEGA, Dulce M^a, op. cit., pág. 37.

⁵² Artículo 81.1 CE: Reserva de ley orgánica: Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

⁵³ Artículo 17.1 CE: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

⁵⁴ Artículo 25.1 CE: Principio de legalidad penal: Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

análogos a los expuestos en la sentencia 118/1992 contra el apartado tercero (ser contrarios al artículo 81.1 en relación con los artículos 17.1 y 25.1 de la Constitución)⁵⁵.

El TC realiza una distinción entre los dos apartados, ya que, considera que no han de ser tratados desde la misma perspectiva, esto es, el TC considera que el apartado primero *no contiene ningún mandato jurídico concreto ... no crea ningún tipo sino que se remite genéricamente a los eventuales tipos existentes, sin ordenar una ampliación de los mismos*, por lo tanto, éste no plantea ningún problema a la hora de declarar su conformidad con la Constitución.

Por otra parte, al examinar el apartado segundo, el Tribunal considera que *el precepto implica una extensión o ampliación del tipo, esto es, incluye conductas que hasta su aprobación no eran punibles*. Con esta interpretación, el apartado tercero estaría castigando actuaciones que antes de la existencia de tal precepto no eran contrarias a la ley, sin llevar a cabo una reforma del Código Penal y sin respetar las exigencias del principio de legalidad y la reserva de ley orgánica, contenidos en los mencionados artículos 15.1 y 81.1, por lo que, el Tribunal en base a estos motivos, declaró el precepto inconstitucional.

El artículo 10.2 hacía una referencia a las *sanciones administrativas* que nunca llegaron a establecerse, y que, por tanto, no preveían ningún género específico de sanción ante los posibles incumplimientos que se cometieran⁵⁶.

El incumplimiento de alguno de los artículos de esta Ley de Banderas de 1981 (aún vigente) no será considerado como un comportamiento típico, contenido en el delito de ultrajes, ya que, en sí mismo, no integra ni los requisitos ni las conductas tipificadas en el artículo 543 del actual Código Penal⁵⁷.

4.7. El Código Penal de 1995.

Finalmente, el **Código Penal actual de 1995**, conocido como el Código Penal de la democracia, visto desde la perspectiva de los delitos de opinión, optó por preservar esta incriminación y mantiene en vigor el delito de ultrajes en el artículo 543, si bien realizó modificaciones, haciendo una profunda depuración de la regulación precedente. El

⁵⁵ REBOLLO VARGAS, Rafael. “Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España”. *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pág. 94.

⁵⁶ REBOLLO VARGAS, Rafael, op. cit., pág. 96.

⁵⁷ REBOLLO VARGAS, Rafael, op. cit., pág. 98.

legislador restringe el alcance del tipo penal y su régimen punitivo, además de *desvincularla definitivamente de los delitos de traición* ⁵⁸.

El nuevo artículo 543 se acomoda a las exigencias de la Constitución de 1978. El precepto se ubica en el Código Penal en el apartado “Delitos contra La Constitución”, elimina las alusiones típicas introducidas en 1941 hacia el *sentimiento de unidad* y en 1967, por el Gobierno del régimen franquista, hacia la *forma política*.

A pesar de esta nueva concepción de los ultrajes, hay autores, como TERUEL LOZANO, que consideran que se siguen castigando conductas que, a priori, pueden seguir configurando un libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión ⁵⁹.

5. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 543 DEL CÓDIGO PENAL.

El artículo 543 del Código Penal, recoge el delito de ultrajes a España y a sus símbolos. Se enmarca en el Libro II, Título XXI, Capítulo VI, “De los ultrajes a España”, dedicado únicamente a este tipo penal:

Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses.

5.1. Las ofensas o ultrajes.

A diferencia de su precedente más próximo, el artículo 123 del CP de 1973, el núcleo del ilícito penal se centraba exclusivamente en el ultraje, pero la redacción actual del artículo 543 comienza describiendo los comportamientos de ultraje y ofensa, como conductas alternativas, pero ambas penalmente relevantes ⁶⁰.

⁵⁸ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando Antonio. “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código Penal)”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIII, 2001-2002, pág. 222-223; y TAMARIT SUMALLA, Josep María, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 9ª Edición*. 2011, pág. 2136.

⁵⁹ TERUEL LOZANO, German M^a. *Discursos extremos y libertad de expresión: Amparar no es sacralizar*. Artículo publicado en la Revista Letras Libres, España [en línea] 1 de abril de 2020 <<https://www.letraslibres.com/espana-mexico/revista/discursos-extremos-y-libertad-expresion-amparar-no-es-sacralizar>> [Consulta: 19 de mayo de 2021].

⁶⁰ REBOLLO VARGAS, Rafael, op. cit., pág. 111.

La incorporación del término “ofensas”, lejos de clarificar el comportamiento punible, contribuye a la incertidumbre que provoca el tipo en su interpretación. Hay sectores de la doctrina⁶¹ que entienden que la parificación de ofensa y ultraje no tiene que considerarse peligrosa ni superflua, sino que, a esta doble fórmula de comportamiento, hay que otorgarle un tratamiento similar, dado que ambas expresan actuaciones más graves que el simple hecho de manifestar desprecio⁶². Por otra parte, otros sectores de la doctrina sostienen la tesis contraria, interpretando el término ultrajes como un comportamiento diferente a las ofensas, al dotar al primer término (ultrajes) de una definición de ofensa en su modalidad agravada⁶³, mientras que el segundo (ofensas) ampliaría aún más el tipo, colocándolo al borde de la inconstitucionalidad⁶⁴.

La redacción del precepto, que equipara ofensas y ultrajes, es considerada por muchos, cuanto menos desafortunada, pero la mayor parte de la doctrina coincide en hacer de ellos una interpretación equiparable a los términos injuriar, ajar o despreciar.

Por un lado, el diccionario de la Real Academia Española (en adelante, R.A.E.) define el término “ofensa” como *acción y efecto de ofender*, mientras que el verbo “ofender”, en su primera acepción, se define como *humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, o ponerlo en evidencia con palabras o con hechos*. Conociendo ambos significados, se llega a la conclusión de considerar las ofensas como la manifestación de un insulto o descalificación a alguien o algo, sintiéndose aquel menospreciado o, como dice el propio término, ofendido. Por otro lado, el término “ultrajar”, está definido en la R.A.E. como *ofender gravemente de palabra o de obra*.

Al examinar sus definiciones de forma conjunta, parece claro afirmar que ambos términos tienen un significado similar, y que en la redacción de la conducta típica del artículo 543, el legislador no pretendía otra cosa más que determinar el ilícito del tipo, equiparando ultraje a ofensa. Así se expone literalmente en la definición del término “ultrajar”, ya definida ésta como ofender gravemente.

⁶¹ SANTANA VEGA, Dulce M^a, op. cit., pág. 54. Y VAZQUEZ-PORTEMENNE SEIJAS, Fernando Antonio, op. cit., pág. 246.

⁶² VÁZQUEZ-PORTEMENNE SEIJAS, Fernando Antonio, op. cit., pág. 246.

⁶³ SANTANA VEGA, Dulce M^a, op. cit., pág. 54.

⁶⁴ QUERALT JIMENEZ, Joan Josep, *Derecho Penal español. Parte Especial, 2ª Edición*, Barcelona, 1992, pág. 763.

Por lo tanto, no cabría hacer distinciones entre ambos términos, pues los dos comportamientos definidos en el tipo deberían considerarse sinónimos. Si existiese diferencia entre ambos conceptos, la redacción del artículo 543 debería haber introducido una pena básica para un término y una agravada para el otro, cosa que no sucede⁶⁵.

Por el contrario, hay autores como REBOLLO VARGAS, que toman el término ofensa como una modalidad extraordinariamente abierta, que puede plantear contradicciones con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, llevando al precepto más allá de los límites constitucionales⁶⁶. Por muy restrictiva que se quiera pretender la interpretación del artículo, y por débil que fuese la ofensa, cualquier comportamiento que cumpla los requisitos establecidos en él, será considerado como un delito de ultrajes⁶⁷.

La doctrina y la jurisprudencia española han equiparado el término ultrajes a injurias. En su primera acepción en la R.A.E., “injurias” viene definido como *agravio, ultraje de obra o de palabra*, de modo similar a lo ocurrido entre las definiciones de ofensa y ultraje, por lo que injuria y ultraje son prácticamente sinónimos, según su definición.

Éstos han sido análogamente interpretados por numerosas sentencias. La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 23 de enero de 2002⁶⁸, define a ambos en sus fundamentos jurídicos como una *expresión proferida o acción ejecutada con el propósito de deshonrar, vengar y menospreciar los bienes protegidos*. También, han sido tratados como sinónimos por autores como TERUEL LOZANO, quien decía que, el motivo por el que el Tribunal Supremo relaciona ultrajes e injurias, es que *si la acción típica es ofender o ultrajar, esto sería equivalente a injuriar, menospreciar y vengar*⁶⁹.

A pesar de las similitudes obvias en las definiciones de injuria y ultraje, es necesario aclarar que, una injuria es un tipo que encierra un acto menos dañino, mientras que un ultraje, debe ser considerado, no como una injuria en el sentido literal del término, sino como una injuria grave.

⁶⁵ SANTANA VEGA, Dulce M^a, op. cit., pág. 55.

⁶⁶ REBOLLO VARGAS, Rafael, op. cit., pág. 111.

⁶⁷ CHAPARRÓ MATAMOROS, Pedro. “El delito de Ultrajes. Análisis jurisprudencial de sus elementos”. Artículo publicado en *CEFLEGAL, Revista Práctica de Derecho*, núm. 131, 2011, pág. 159.

⁶⁸ SAP de Guipúzcoa (Sección Segunda), núm. 72 / 2002, de 23 de enero: Donde se condenaba a dos individuos por arriar la bandera española y arrojarla a la calle mientras sostenían un símbolo representativo de las siete provincias vascas, teniendo esta acción reflejo publicitario en los informativos.

⁶⁹ TERUEL LOZANO.

5.1.1. *El animus iniuriandi.*

Las conductas típicas de ultrajar y ofender, han de encerrar en si mismas un contenido injurioso, el denominado *animus iniuriandi*. No será suficiente que un sujeto actúe a través del dolo eventual o de la imprudencia para tachar la conducta de ultraje, es necesario actuar con la intención de ofender. El dolo tiene que estar presente como elemento del tipo⁷⁰. Al igual que ocurriría al interpretar un comportamiento sancionado por el delito de injurias, si concurriese otra intencionalidad distinta a ofender o menospreciar, con otro fin, como una crítica, una narración o una expresión artística, se pondría en duda la presencia del dolo, la intención de ofender gravemente, y la conducta podría llegar a ser atípica⁷¹.

Numerosas sentencias afirman que el *animus iniuriandi*, en algunas conductas ofensivas, se encuentra implícito, ya que el ánimo de injuriar se deduce de los hechos mismos⁷². En particular, el comportamiento de quemar la bandera parece ser uno de los más evidentes a la hora de declarar la presencia de ese ánimo injurioso. El Tribunal Supremo afirmó que: *hay expresiones insultantes o agraviantes en los que el ánimo de injuriar y menospreciar se encuentra ínsito en ellas*⁷³. De la misma manera, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de octubre de 2009⁷⁴, consideró implícito, en la acción de dos personas, el *animus iniuriandi* como elemento subjetivo del tipo, al arriar y arrojar la bandera, entendiendo esta conducta *como una acción de menosprecio a la bandera, acto que de por sí resulta insultante o agravante que lleva implícito ese deseo de injuriar*.

Por el contrario, en la sentencia de la Audiencia Nacional, de 4 de mayo de 2018⁷⁵, en la que se juzga una pitada al himno nacional, una persona es acusada por la *ejecución de un plan preconcebido y planificado por él mismo con el deliberado propósito de ofender y menospreciar al jefe del estado español y al himno nacional*. La Audiencia, a la vista de la inexistencia de las previsiones típicas contenidas en el tipo, absuelve al acusado, fallando que el manifiesto no contiene

⁷⁰ De opinión contraria: VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, Fernando, op. cit., pág. 249: *“Tampoco estamos de acuerdo con que las posibilidades de imputar subjetivamente el delito se ciñan al dolo directo... cabrá la realización del tipo con dolo eventual”*.

⁷¹ SANTANA VEGA, Dulce M^a, op. cit., pág. 65.

⁷² CHAPARRÓ MATAMOROS, Pedro, op. cit., pág. 160.

⁷³ STS (Sala Segunda, de lo Penal), núm. 485 / 1996, de 26 de diciembre.

⁷⁴ SAP de Barcelona (Sección 15^a), núm. 243 / 2010, de 5 de octubre: *Condena por arriar la bandera española y arrojarla al patio del Castillo de Montjuich*.

⁷⁵ SAN (Sala de lo Penal), núm. 1511 / 2018, de 4 de mayo.

expresiones injuriosas innecesarias en la expresión pública del pensamiento que quiere manifestar, y que por tanto, la conducta se enmarca en la libertad de crítica.

La decisión de la Audiencia se justifica en la determinante sentencia del Tribunal Constitucional, de 8 de noviembre de 1988⁷⁶, en la que, a través de una ponderación de ambos derechos, se niega la prevalencia del honor frente a la libertad de expresión, si en la propia manifestación de ideas no concurren expresiones oprobiosas. Por lo tanto, en este caso, la libertad de expresión prevalece sobre el honor de la institución de la Corona.

Una vez definidos, diferenciados y equiparados los términos de ofensa, ultraje e injuria, a continuación se analizarán las formas de comisión con las que puede tener lugar el ultraje.

5.2. Por escrito, de palabra o de hecho.

Las ofensas o ultrajes a España, a sus Comunidades o a sus símbolos o emblemas, podrán cometerse:

- De forma verbal; por medio de comunicados, discursos, manifestaciones... dirigidos a una concurrencia (indeterminada) de personas.
- De forma escrita o gráfica; a través de publicaciones en revistas, prensa, carteles, panfletos...
- Por medio de una acción; incluiría, entre otras, quemar, destruir, insultar, escupir... un emblema o una bandera oficial.

Entre las formas de comisión de la conducta típica, el artículo 543, no hace referencia explícita a las omisiones, de modo que, un comportamiento omisivo, como el hecho de no saludar la bandera, o no seguir el protocolo establecido frente a ella en determinados actos oficiales, no revestiría de la suficiente gravedad como para constituir un delito de ultrajes, quedando impune tal comportamiento, llegando a ser incluso una manifestación del ejercicio del derecho a la libertad ideológica⁷⁷.

La conducta debe consistir en algo más que una simple falta de respeto, pues la mera infracción de las normas de colocación de banderas, dice TAMARIT SUMALLA, no

⁷⁶ STC núm. 207 / 1988, de 8 de noviembre, (B.O.E. de 12 de diciembre de 1988).

⁷⁷ REBOLLO VARGAS, Rafael, op. cit., pág. 119.

revestiría el carácter típico⁷⁸. Para que una acción tenga cabida en el tipo, será necesario que se trate de una conducta positiva de hacer o actuar, no bastando la omisión⁷⁹.

De modo contrario, la anteriormente citada sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 23 de enero de 2002, además de equiparar los términos injuria y ultraje, consideró las omisiones como un modo más de comisión del ilícito, diciendo: *la dinámica comisiva, radica en los ultrajes ... equivaliendo ultrajes, semánticamente, a injurias, menosprecio o vilipendio, pudiendo ser, dicha dinámica, verbal, escrita, real, e incluso implícita u omisiva*.

Esta sentencia, juzga los hechos bajo un prisma preconstitucional⁸⁰ basándose en jurisprudencia anterior al Código Penal de 1995, de modo que, las formas de comisión de la conducta típica, continuarían siendo las expresadas en el artículo 543 y no tendrían cabida las omisiones.

Por otra parte, cabría hacer una mención a la posición de CHAPARRO MATAMOROS, quien sostiene que, si la conducta ofensiva se lleva a cabo de forma escrita o de palabra, la lesión al bien jurídico será de menor importancia, mientras que si el ultraje se produce de hecho, se sobreentiende que la acción se realizará a través de la fuerza, como cuando se produce la quema de una bandera, emblema o símbolo, de modo que producirá una mayor lesividad⁸¹.

Normalmente, las ofensas realizadas de palabra o por escrito tienen como sujeto pasivo a España o sus Comunidades Autónomas, mientras que, las ofensas de hecho, suelen estar dirigidas a sus símbolos o emblemas⁸².

La tendencia de los Tribunales, a la hora de interpretar si una conducta se enmarca o no en el tipo penal de los ultrajes, es condenar aquellos producidos de hecho, en lugar de los cometidos de palabra o por escrito. Postura contraria a esta tendencia, es la que ha seguido una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de diciembre de 2020, condenando a una persona por proferir insultos y vejaciones de palabra a la bandera española (sentencia que se analizará más adelante).

⁷⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep María, op. cit., pág. 2136.

⁷⁹ SANTANA VEGA, Dulce M^a, op. cit., pág. 56 y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. “Libertad de expresión y Derecho Penal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, 2019, núm. 7, pág. 109.

⁸⁰ REBOLLO VARGAS, Rafael, op. cit., pág. 114.

⁸¹ CHAPARRÓ MATAMOROS, Pedro, op. cit., pág. 155.

⁸² TAMARIT SUMALLA, Josep María, op. cit., pág. 2137.

5.3. A España, a sus Comunidades Autónomas, o a sus símbolos o emblemas.

La conducta típica, ha de estar destinada a uno de los sujetos pasivos dotados de protección. La redacción del precepto establece como sujetos pasivos del delito a España como Estado, a sus Comunidades Autónomas, y a los símbolos o emblemas representantes de ambos. A pesar de que el legislador haya usado el plural para referirse a las Comunidades Autónomas, el ultraje debe individualizarse en una Comunidad Autónoma concreta⁸³.

Símbolos patrios de España



Bandera de España.

Hay autores como SANTANA VEGA, que niegan la consideración de los símbolos y emblemas como sujetos pasivos, optando por considerarles objetos materiales del delito⁸⁴.



Escudo de España.

En los términos “símbolos y emblemas”, en virtud del significado que da la R.A.E. de ellos: *representación sensorialmente perceptible de una realidad...*, se incluyen como signos visuales; la

bandera y el escudo de España, así como las banderas y escudos oficiales de sus Comunidades Autónomas, reconocidos en sus Estatutos, según el artículo 4.2 de la CE⁸⁵, y como signo auditivo; el himno nacional⁸⁶.

Himno de España



Himno de España.

El precepto alude a los símbolos oficiales de España y sus Comunidades Autónomas, sin tener cabida por tanto, las banderas no oficiales u otros símbolos o

escudos. En la práctica, gran parte de las sentencias y los asuntos relacionados con el delito de ultrajes, tienen como sujeto pasivo un símbolo, la bandera de España. Incluso en

⁸³ TAMARIT SUMALLA, Josep María, op. cit., pág. 2137.

⁸⁴ De opinión contraria: SANTANA VEGA, Dulce M^a, op. cit., pág. 63. “Sujetos pasivos lo son España, como Estado, y las Comunidades Autónomas, no sus símbolos y emblemas que sólo pueden constituir objeto material del delito”.

⁸⁵ Artículo 4.2 CE: Los Estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas. Estas se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales.

⁸⁶ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, op. cit., pág. 109.

aquellas situaciones en las que no es la bandera oficial, se ha optado por la postura más coherente de extender también a ellas la tipicidad, debido a la facilidad para reconocerla en cualquier tela que presente sus características -dos franjas horizontales rojas separadas por una amarilla-⁸⁷.

En el caso de que concurran varias ofensas o ultrajes a diferentes objetos materiales y sujetos pasivos del delito en un mismo comportamiento, sólo cabría apreciar un único delito de ultrajes. Por ejemplo, si se produjese en una manifestación la quema de una bandera, acompañada de insultos o abucheos al himno, *solo abarcaría una única intención de ultrajar sin perjuicio de la ponderación de la pena*⁸⁸.

5.4. Efectuados con publicidad.

Para que un ultraje u ofensa a España o a sus símbolos, adquiriera relevancia penal, independientemente de si se cometen por escrito, de palabra o de hecho, es necesario que tengan lugar con publicidad.

En la anterior redacción del precepto de ultrajes (el artículo 123 del CP de 1973), la modalidad de comisión del ultraje se diferenciaba entre, el realizado con publicidad y sin ella, otorgando penas distintas a cada modalidad.

Mientras que con la nueva redacción del artículo 543 del CP de 1995, el legislador introduce la publicidad como requisito esencial en la conducta típica del delito, esto es, el tipo agravado desaparece, de forma que, si el elemento de publicidad no concurriese en el comportamiento a tener en cuenta, la ofensa se convertiría en inocua, y por ello, el ultraje se tendría por realizado en un ámbito privado, sin una mínima concurrencia de personas y no conllevaría ningún tipo de lesividad social.

El concepto de publicidad, del delito de ultrajes, es interpretado por algunos autores⁸⁹ en sintonía con el artículo 211 del Código penal⁹⁰. De esta forma, se conoce el alcance de dicha publicidad, debido a la similitud que guardan los ultrajes con las injurias,

⁸⁷ CHAPARRÓ MATAMOROS, Pedro, op. cit., pág. 162.

⁸⁸ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, op. cit., pág. 110 y SANTANA VEGA, Dulce M^a, op. cit., pág. 60.

⁸⁹ REBOLLO VARGAS, Rafael, op. cit., pág. 117.

⁹⁰ Artículo 211 CP: La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

pues de lo contrario, dicen estos autores, el requisito de publicidad del tipo se ampliaría excesivamente por acoger cualquier supuesto que se realizase en un entorno público.

Otros autores⁹¹, a la vista de la desaparición del agravante de la publicidad, no ven adecuado atenerse a lo dispuesto en el artículo 211, ya que el ultraje, con la nueva redacción del precepto, solo tendrá efectos penales en caso de ser cometido con publicidad, sin necesidad de hacer una interpretación paralela de este requisito según su parecido al delito de injurias.

Para apreciar la existencia del requisito de publicidad en un ultraje, hay que tener en cuenta las circunstancias en que se produce. La conducta se ha de interpretar realizada con publicidad cuando ésta ha sido buscada deliberadamente por el sujeto activo, como cuando la ofensa se realiza delante de una multitud de personas, en el transcurso de una manifestación, un partido de fútbol...

También puede ocurrir, que el requisito de publicidad esté presente en la acción, no de forma voluntaria y querida por el sujeto autor, sino de tal modo que su acción haya sido captada o grabada por un tercero y posteriormente difundida⁹².

5.4.1. ¿Qué debería entenderse por publicidad?

El número de personas que han de estar presentes en una ofensa o ultraje para que este tenga relevancia, es indeterminado, pues la jurisprudencia alude a *un grupo de personas* o *una concurrencia de personas*⁹³, entendiéndose con ello que la presencia de un único espectador, no daría lugar a la producción del ultraje con publicidad⁹⁴, siendo necesario la toma de conciencia de una comunidad de personas de que el ultraje se ha producido, comprendiendo el mensaje que esto conlleva.

Lo más reiterado en la jurisprudencia española, es aceptar la existencia de publicidad cuando un ultraje se produce en público, frente a un número determinado de personas.

Esto lo podemos ver, a través de la anterior redacción del tipo, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 1969, en la que una persona quemó una bandera

⁹¹ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando Antonio, op. cit., pág. 247.

⁹² REBOLLO VARGAS, Rafael, op. cit., pág. 117.

⁹³ En contra: REBOLLO VARGAS, Rafael, op. cit., pág. 117: “El ultraje se ha realizado ante una concurrencia de personas... supone una Ampliación desmesurada del tipo”.

⁹⁴ De la misma opinión: CHAPARRÓ MATAMOROS, Pedro, op. cit., pág. 163.

española ante unas quince o veinte personas, (su exactitud no quedó clara, el Tribunal usó el término “bastantes”), se declaró la concurrencia del requisito de publicidad, quedando el acusado condenado por un delito de ultrajes con publicidad.

De modo contrario, la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1992⁹⁵, no consideró que concurriese el requisito de publicidad en la quema de las banderas catalana y española de un edificio público, por haberse realizado *cuando se acababa de cerrar al público el establecimiento y sin trascendencia pública, ya que sólo se encontraban aquél, un camarero de dicho local y tres amigos del primero.*

6. ¿CUÁL ES EL BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO?

A raíz de analizar en profundidad el artículo 543 del Código Penal, es evidente que su redacción plantea problemas de interpretación en la jurisprudencia española. Resulta ser uno de los delitos que ha recibido más críticas, dando lugar a posicionamientos de signo contrario sobre la existencia o inexistencia de un bien jurídico necesitado de protección, sin faltar incluso autores que cuestionan la constitucionalidad del tipo como limitador de derechos fundamentales.

En primer lugar, para abordar esta cuestión, se deberá analizar qué intentó proteger el legislador con la creación de este precepto al otorgar protección penal a España, sus Comunidades Autónomas y sus símbolos o emblemas.

España, como Estado y como Nación, al igual que sus Comunidades Autónomas, son entes supraindividuales y abstractos, que poseen personalidad jurídico-pública. Ya en esta afirmación lógica, se encuentra la primera discrepancia.

Una minoría de autores concebían tales instituciones como entes dotados de honor, pero no sería coherente asumir tal postura, ya que, el derecho al honor no está ligado a las instituciones públicas, sino que posee un significado personalista⁹⁶. Está consagrado en la Constitución como un derecho fundamental del que gozan las personas individualmente consideradas (artículos 18.1 y 20.4 CE). El hecho de dotar de honor a un ente supraindividual, conllevaría problemas constitucionales.

⁹⁵ STS (Sala Segunda de lo Penal), núm. 977 / 1985, de 16 de diciembre de 1992.

⁹⁶ STC (Sala Primera), núm. 107/1988, de 8 de junio (B.O.E. núm. 152, de 25 de junio de 1988): Sobre la vulneración del derecho a la libertad de expresión.

Quienes sostienen esta afirmación (dotar de honor a las personas jurídico-públicas), a modo de defensa de su posición, argumentan que la expresión de una opinión deshonrosa o ultrajante hacia estas instituciones, puede deformar la concepción que de ellas tiene la población, por lo que para solventar las dificultades, reconocen el honor de los sujetos individuales que forman parte de la colectividad. Si la protección del honor se extendiese más allá de las personas físicas, conllevaría la restricción de la libertad de expresión⁹⁷.

A diferencia del delito de injurias, que afecta de forma directa al honor individualmente considerado, el delito de ultrajes protege un sentimiento colectivo de pertenencia a un grupo, así BENLLOCH PETIT, identifica las ofensas a los símbolos que representan a la colectividad como *una injuria masiva y plural a todos aquellos que sitúan parte de su identificación personal en su pertenencia a ese colectivo*⁹⁸, y caracteriza al artículo 543 como una injuria colectiva.

El sentimiento colectivo de cada nacional español, que provoca la pertenencia a España, es considerado por otros autores⁹⁹ como el objeto necesitado de protección. El bien jurídico ya no es el honor o la dignidad de la propia Nación o el Estado, es la dignidad de los miembros que forman parte de esta Nación. Por lo tanto, es el honor de una persona física a la que trasciende el ultraje, no el de las instituciones, el que se ve afectado por sentirse, tanto parte de la Nación, como identificado con la colectividad que representan y defienden España y sus símbolos y emblemas¹⁰⁰.

Entre los símbolos y emblemas a los que el precepto otorga protección, se incluyen la bandera, el himno y el escudo. Éstos, tendrán la importancia y la significación que las personas les otorguen. El artículo los convierte en representantes simbólicos de la colectividad, pero aunque unos se vean identificados con ellos, para muchos otros será un objeto indiferente, incluso rechazado¹⁰¹.

⁹⁷ SANTANA VEGA, Dulce M^a, op. cit., pág. 42.

⁹⁸ BENLLOCH PETIT, Guillermo, “El derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIV, 2001, pág. 182.

⁹⁹ DE LA ROSA CORTINA, José María, op. cit., pág. 340.

¹⁰⁰ De esta opinión: TÉLLEZ AGUILERA, Abel. “Los ultrajes a España: visión crítica de un delito”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1719, 1994, pág. 90.

¹⁰¹ GARCIA PELAYO, Manuel. “Ensayo de una teoría de los símbolos políticos, Mitos y símbolos políticos, Obras Completas, T.I, *Revista Derecho político*, Madrid, 1991, págs. 987.

Por otra parte, la idea de la protección de la paz pública y el orden público, se sostiene por otros autores¹⁰² que justifican dicha protección, al considerar los ultrajes como un atentado a la convivencia. Según VÁZQUEZ-PORTOMENE, *la existencia de un riesgo de perturbación del orden público es el coeficiente valorativo que deberá aplicarse a las acciones o manifestaciones dirigidas contra las banderas para decidir su relevancia jurídico-penal*¹⁰³. La jurisprudencia ha evidenciado cómo muchas de las conductas enjuiciadas por este delito, no han supuesto alteración alguna de la convivencia o de la paz social, por lo que, en realidad, la concepción de éstas como bien jurídico protegido, no sería del todo acertada.

Además de la discusión sobre cuál es el bien jurídico protegido por el artículo 543, hay quienes sostienen la idea de la inexistencia de ese bien jurídico necesitado de protección, y abogan por la desaparición de este precepto del Código Penal (artículo 543).

Estos autores consideran el artículo inconstitucional. Argumentan que el principal problema que plantea el tipo a la hora de apreciar la tipicidad de una conducta ultrajante, es la limitación que éste produce de un derecho fundamental como es el derecho a la libertad de expresión.

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión como derecho fundamental inherente a las personas, es consecuencia del sistema democrático en el que vivimos, garantizado y protegido en el artículo 1.1 de la Constitución¹⁰⁴. Quienes mantienen la inconstitucionalidad del tipo, sostienen que la libertad de expresión, solo podría ser limitada por un tipo penal que tuviese su base en una libertad pública o en otro derecho fundamental, hecho que no sucede con el artículo 543.

El delito de ultrajes, es introducido por BENLLOCH PETIT, en un primer grupo de delitos, a los que da la capacidad de atribuir a la exteriorización de las manifestaciones políticas o ideológicas, un desvalor propio, ya que, *la opinión política es delictiva en sí misma*¹⁰⁵.

Muchos autores, sostienen una visión del delito de ultrajes como un limitador de la libertad de expresión, en cuanto sancionador de ideas ofensivas hacia sus bienes jurídicos

¹⁰² VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, Fernando Antonio, op. cit., pág. 230; y CHAPARRÓ MATAMOROS, Pedro, op. cit., pág. 164.

¹⁰³ VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, Fernando Antonio, op. cit., pág. 239.

¹⁰⁴ Artículo 1.1 CE: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

¹⁰⁵ BENLLOCH PETIT, Guillermo, op. cit., pág. 179-180.

protegidos. La libertad ideológica y de expresión no se agotan en su dimensión interna, sino que, la exteriorización de una idea u opinión por contraria que sea, no debería tener relevancia penal. Así, ya desde 1976, el TEDH sentó un precedente al amparar bajo la libertad de expresión *aquellas ideas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población*¹⁰⁶.

Las libertades de expresión e ideológica están unidas al pluralismo político reconocido en la Constitución como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, amparando cualquier tipo de contraste de opiniones públicas o políticas, tanto las que chocan como las que son favorables, siempre dentro de unos límites, *excluida la violencia para imponer los propios criterios*¹⁰⁷ y a través de medios pacíficos¹⁰⁸.

Debe pues, concluirse, que la cuestión del bien jurídico protegido en el delito de ultrajes, dificulta su propia aplicación, ya que no es sencillo determinar cuándo la exteriorización de una opinión o idea, por medio de un acto, es merecedor de sanción según el delito de ultrajes, o por el contrario, es amparado por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

La jurisprudencia española, a la vista de un asunto en 2020 en el que entraban en contradicción la protección a la libertad de expresión y el delito de ultrajes, concluyó fallando que: *no es libertad de expresión el ultraje a la bandera de España*.

¹⁰⁶ STEDH. Asunto Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

¹⁰⁷ STC núm. 20 / 1990, de 15 de febrero, (B.O.E. núm. 52, de 1 de marzo de 1990): Sobre la libertad ideológica.

¹⁰⁸ PERALTA MARTINEZ, Ramón. “Libertad ideológica y libertad de expresión”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, Madrid, 2012, pág. 258.

7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 15 DE DICIEMBRE DE 2020¹⁰⁹.

Esta reciente sentencia, ha sido decisiva a la hora de resolver la problemática entre el ejercicio lícito del derecho a la libertad de expresión y la protección de los símbolos del Estado.

Los hechos sucedieron en 2014, durante una ceremonia de izado de bandera con interpretación del himno nacional, en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol, con la presencia de la guardia militar.

El Sr. Don Pablo Fragoso Dacosta fue condenado con una pena de siete meses de multa, como autor de un delito de ultrajes, según el artículo 543 del Código Penal. El Sr. Fragoso, era el líder sindical en una manifestación, y estaba acompañado por una treintena de manifestantes que protestaban por motivos laborales. En una de esas protestas, él gritó: *aquí tenéis el silencio de la puta bandera, hay que prenderle fuego a la puta bandera* (en su lengua gallega).

La sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol, de 22 de marzo de 2017¹¹⁰, consideró que los hechos eran constitutivos de una conducta típica del artículo 543 del CP, ya que: *se trataba de graves ofensas de palabra a la bandera española, ejecutadas con publicidad*, y no podían ampararse en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debido a que *actuó con ánimo de menospreciar o ultrajar*.

El recurso de apelación interpuesto fue desestimado por la Audiencia Provincial de A Coruña el 8 de febrero de 2018¹¹¹. La Audiencia afirmó la existencia del requisito de publicidad y el ánimo de injuriar por la *capacidad de alteración de la normal convivencia ciudadana*, y añadió como motivo determinante para su sanción *el intenso sentimiento de humillación, proporcional a la gravedad del ultraje*.

El Sr. Fragoso presentó recurso de amparo, fundamentado en la vulneración de los derechos a la libertad de expresión e ideológica y en la ignorancia, tanto de los Juzgados

¹⁰⁹ STC núm. 190 / 2020, de 15 de diciembre, (B.O.E. núm. 52, de 1 de marzo de 1990): Desestima el amparo por un mensaje de ofensa a la bandera no amparado por la libertad de expresión.

¹¹⁰ Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ferrol, de 22 de marzo de 2017, procedimiento abreviado núm. 32-2016.

¹¹¹ SAP de A Coruña (Sección Primera), núm. 1173 / 2017.de 8 de febrero de 2018.

como de la Audiencia, de los principios de la doctrina del TEDH, que amparan tanto aquellas ideas inofensivas, como aquellas que puedan resultar molestas, bajo la libertad de expresión, como resultado del pluralismo político y la apertura de mente de la sociedad actual. Además, el Sr. Fragoso, por un lado, considera la sanción penal derivada de sus hechos como una condena desproporcionada, y por otro lado, mantiene la especial trascendencia constitucional de su recurso por no respetar los Jueces la doctrina del TEDH establecida en la sentencia Stern Taulats y Roura Capellera contra España (2018).

El recurso fue admitido a trámite al verificar la concurrencia de esa especial trascendencia constitucional. Tanto la jurisprudencia constitucional, como el TEDH coinciden en la idea de que la crítica que provoca malestar e inquietud, también está amparada por la libertad de expresión. Además, en este caso, la libertad esta ejercida en el marco de una reivindicación laboral.

Por todo lo mencionado, esta sentencia permite examinar la legitimidad de la condena penal impuesta por proferir expresiones ofensivas dirigidas a la bandera. Los fundamentos jurídicos, no enfocan su atención en si es o no correcta la norma penal aplicada, sino en su respectiva aplicación judicial.

El recurso se sustenta en el ejercicio lícito del derecho a la libertad de expresión y la libertad ideológica, pero éste también debe ser objeto de limitación. En el derecho a la libertad ideológica, según el artículo 16.1 de la CE¹¹², solo tendrán cabida las *limitaciones necesarias para el mantenimiento del orden público* protegido por la ley, mientras que, el derecho a la libertad de expresión es necesario para la *existencia de una opinión pública libre*¹¹³.

Es evidente que la libertad de expresión ha de estar protegida, aunque la opinión que se exprese no sea de buen gusto, provoque malestar, o sea contraria a otras opiniones. No toda opinión puede estar amparada por esa libertad, pues al no ser un derecho de carácter absoluto, no gozarían de protección constitucional aquellas conductas y opiniones que, dependiendo de las circunstancias, puedan convertirse en *injuriosas, ultrajantes u oprobiosas*¹¹⁴.

¹¹² Artículo 16.1 CE: Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

¹¹³ STC núm. 6 / 1981, de 16 de marzo, (B.O.E. núm. 89, de 14 de abril de 1981), STC núm. 12 /1982, de 31 de marzo, (B.O.E. núm. 95, de 21 de abril de 1982): Doctrina que subraya la libertad de expresión como garantía y pilar de las sociedades democráticas.

¹¹⁴ STC núm. 190 / 2020, de 15 de diciembre, FJ. 3.

El TC, en reiteradas sentencias, se ha pronunciado sobre la necesidad de ponderación, por parte de los magistrados, de los límites a la libertad de expresión. Cuando concurren ambas libertades en la justificación de una determinada expresión, esta ponderación ha de tener aún mayor rigor, de tal modo que su limitación no conlleve una desnaturalización de los derechos fundamentales, algo que no puede permitirse en un Estado de Derecho.

En la conducta del encausado, es necesario, según el TC, determinar si la aplicación del artículo 543 del Código Penal supondría una vulneración de los artículos 20.1 y 16.1 de la CE, así como examinar el contenido y la delimitación de estos dos derechos, en lugar de analizar los límites establecidos en su ejercicio.

El Tribunal hace una valoración de la conducta del Sr. Fragoso para determinar si ésta se ampara en sus derechos fundamentales, y si actúa respetando los límites impuestos a esos derechos, ya que, en caso de que la conducta tuviese lugar dentro de los límites de estas libertades, no tendría cabida ningún tipo de sanción penal y el recurso debería ser estimado.

El TC lleva a cabo una ponderación entre el ejercicio lícito de libertad de expresión y la protección de los símbolos del Estado. Por un lado, el Tribunal considera las expresiones proferidas por el Sr. Fragoso de *puta* y *hay que quemar la puta bandera*, como *expresiones ofensivas que no guardan relación con las ideas u opiniones que se manifiestan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas*¹¹⁵.

También, hace una comparación entre la conducta sancionada y las expresiones que utilizaron en ese momento otros manifestantes, tales como: *la bandera no paga las facturas*. Éstas, no fueron objeto de litigio por no ser consideradas tan ofensivas, y además, no fueron sancionadas porque se consideraron expresiones conformes a la presión de la manifestación, y por lo tanto, conformes al lícito ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Las expresiones de los demás manifestantes, se relacionaban con el motivo de la manifestación, al reivindicar el impago de los salarios, mientras que las expresiones proferidas por el Sr. Fragoso, enjuiciadas en esta causa, no añadían más finalidad que la de

¹¹⁵ STC núm. 190 / 2020, de 15 de diciembre, FJ. 5.

ultrajar y ofender la bandera, sin tener ninguna relación con las reivindicaciones mencionadas.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional también centra la importancia en el contexto en el que surgieron esas expresiones, subrayando que, muchas de las personas que se encontraban en aquel acto de izado de bandera, rechazaron y contestaron a las expresiones ofensivas diciendo “*no, eso no*”, lo que permite ver cómo los sentimientos de aquellas personas, y los de la guardia militar, que también estaba presente, fueron heridos y humillados, al ver cómo un símbolo que les representa, era ultrajado e insultado.

Una vez examinados los hechos, cabría preguntarse: ¿Es constitucional la condena impuesta a Don Pablo Frago Dacosta por el delito de ultrajes?

Analizando jurisprudencia del TEDH, vemos que hay sentencias (desarrolladas al principio de este trabajo), tales como el asunto Otegi Mondragón contra España (2011), o el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España (2018), dónde se ve cómo al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se le otorga un amplio margen de ejercicio. Esta libertad, ampara incluso aquellas expresiones que pueden considerarse hirientes u ofensivas, siempre que transmitan un mensaje enfocado a la crítica. A diferencia de las sentencias dictadas por el TEDH en estos asuntos, en las que los actos que se enjuiciaban se trataban, respectivamente, de comentarios despectivos hacia la figura del Rey y la quema de una fotografía del mismo, como muestras de expresión de opiniones en un debate de interés público; en los hechos que el TC está tratando en esta sentencia, las expresiones ultrajantes proferidas hacia la bandera, nada tenían que ver para representar la finalidad legítimamente pretendida en una reivindicación laboral.

Podría existir también un parecido entre las acciones enjuiciadas en esta sentencia y las de la sentencia del TEDH, en el asunto Christian Democratic People’s Party contra Moldova (2010), en la cual, quedó amparada bajo el derecho a la libertad de expresión, la quema de símbolos rusos e imágenes del presidente. Sin embargo, no podemos equiparar los contextos en los que sucedieron ambos asuntos. La quema de las fotografías y simbología rusa se produjo en un ambiente político, con relevancia e interés público, mientras que, las expresiones vejatorias proferidas hacia la bandera española en la manifestación, no estaban enmarcadas en un ambiente político, pues se trataba de una manifestación por motivos laborales.

Ni siquiera, dice el Tribunal, es posible considerar una extralimitación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión e ideológica, ya que el recurrente ni ha dado una explicación al fin de sus expresiones, ni ha mostrado la conexión que éstas tenían con el motivo de la reivindicación laboral.

Finalmente, el TC concluye diciendo que: *la expresión de una idea u opinión se hace innecesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral; cuando aparece de improviso y no tiene que ver, por su desconexión, con el contexto en que se manifiesta; cuando, además, por los términos empleados, se proyecta un reflejo emocional de hostilidad; cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos, el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión¹¹⁶.*

El Juzgado de lo Penal de Ferrol y la Audiencia Provincial de A Coruña, sancionaron la conducta de Don Pablo Fragoso Dacosta, según el artículo 543 del Código Penal como delito de ultrajes.

Esta sanción se mantiene con el desamparo otorgado por el Tribunal Constitucional, desestimando el recurso de amparo al no considerar que los hechos estén amparados constitucionalmente por las libertades de expresión e ideológica.

La sentencia dividió al TC, formado por 11 magistrados, con seis votos a favor y cinco en contra. Los cinco magistrados que se opusieron a la sanción, formularon votos particulares, por entender que esta conducta no era constitutiva de delito alguno, sino que se enmarcaba dentro del ejercicio lícito del derecho a la libertad de expresión.

¹¹⁶ STC núm. 190 / 2020, de 15 de diciembre, FJ. 5.

7.1. Votos particulares discrepantes a la sentencia.

7.1.1. Voto particular de la magistrada Doña Encarnación Roca Trías.

La magistrada comienza desarrollando su discrepancia respecto a la decisión de la mayoría, fundamentando su postura a través de una remisión a la sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015¹¹⁷, en la cual, la quema de la fotografía de los Reyes en el transcurso de una manifestación, no quedó amparada por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

En dicha sentencia, la magistrada emitió un voto particular en el que consideró, como cuestión principal a tener en cuenta, el artículo 16.1 de la CE, que garantiza el derecho a la libertad ideológica.

A diferencia de la decisión tomada en este recurso, la magistrada rechaza la excesiva limitación del derecho a la libertad ideológica. Apunta, que se debe permitir la libre exposición de opiniones, con la salvedad de que éstas conlleven la perturbación del orden público o la utilización de la violencia para imponer los propios criterios¹¹⁸.

De igual forma que ocurre en la sentencia dictada por el TEDH en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España (2018), toma una postura favorable al reconocimiento del lícito ejercicio del derecho a la libertad ideológica. Se ampara en los principios sustentados por el TEDH, que describen la libertad de expresión como un fundamento esencial de la sociedad democrática, y que, además de llevar aparejadas excepciones, requiere de una interpretación restrictiva en la que se debe rebajar el uso de la vía penal para proteger la posición dominante de las instituciones del Estado.

Si a través de estos principios, dice la magistrada, el Tribunal no impuso ninguna sanción a unos hechos aún más graves que los que se toman en consideración en este recurso, no sería lógico que hechos de menor gravedad se consideraran una extralimitación del derecho a la libertad de expresión, ya que, las expresiones proferidas por el encausado, a pesar del uso de un lenguaje ultrajante, se enmarcarían dentro de un contexto de reivindicación laboral, en el que no se hizo uso de la violencia.

¹¹⁷ STC núm. 177 / 2015, de 22 de julio, (B.O.E. núm. 200, de 21 de agosto de 2015): Supuesta vulneración de los derechos a la libertad ideológica y de expresión, incitación al odio por la quema de la fotografía de los Reyes.

¹¹⁸ Criterios utilizados en: STC núm. 177 / 2015, de 22 de julio, y STC núm. 190 / 2020, de 15 de diciembre.

Por tales motivos, la magistrada concluye su voto particular, exponiendo la falta de proporcionalidad que ha tenido el Tribunal Constitucional al sancionar esta conducta, por constituir una *reacción penal innecesaria en una sociedad democrática, que puede producir un efecto desalentador del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.*

7.1.2. *Voto particular del magistrado Don Andrés Ollero Tassara.*

El magistrado, en los primeros párrafos de la discrepancia, muestra su descontento respecto de las opiniones de los medios de comunicación y la tardanza del Tribunal al incluir en el orden del día del Pleno su ponencia.

Dice que, para ahorrarse una condena a España, hay que conocer el artículo 10.2 de la CE, esto es, tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Además, a pesar de afirmar que él mismo dice verse afectado por las expresiones del recurrente, otorga un especial interés a la libertad de expresión como amparo de ideas *que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población.*

Rechaza la ponderación de derechos que realiza el Tribunal, y aboga por el análisis de *una causa excluyente de antijuridicidad.* La bandera estaba situada a metros de altura de los manifestantes, y las expresiones, por hirientes que fueran no produjeron daño alguno a ésta. Además, el magistrado no comparte la inexistencia de conexión entre las reclamaciones laborales y las vejaciones a la bandera.

Hace alusión en repetidas ocasiones a la expresión *eclipse de fiscal*, ya que, en la sentencia del Tribunal, el fiscal, después de apoyar las pretensiones del recurrente en el primer fundamento, desaparece, no se tiene en cuenta la calidad de delegado sindical, el impago de los salarios, el contexto de protesta laboral... para hacer frente a la desestimación del recurso.

Por ende, el magistrado sostiene que *la conducta del recurrente no rebasó los márgenes que delimitan el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en conexión con la libertad ideológica.* Concluye con su discrepancia respecto de la desestimación del recurso, y la necesidad de otorgar amparo al recurrente por la vulneración de sus derechos fundamentales.

7.1.3. *Voto particular del magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada Doña María Luisa Balaguer Callejón.*

Ambos magistrados, sustentan su discrepancia, basándose en dos argumentos principales:

El primer argumento alude al lenguaje simbólico de la sentencia, por tener como objeto material principal el símbolo de la bandera, el cual dicen, *también pertenece a quien se manifiesta contra él.*

Muestran el desacuerdo con el presupuesto que sostiene la sentencia, por el cual, se afirma que, a través del derecho penal, se puede intervenir en el cuidado del sentimiento colectivo que deriva de la bandera. Dicen que, si por un lado se afirma la protección penal de la fuerza simbólica de la bandera, por otro lado *ha de reconocerse que los actos, gestos y palabras de ataque a la misma también tienen fuerza simbólica*, esto es, también tendrían que gozar de protección penal.

Introducen una referencia al voto particular de la STC 192/2020, de 17 de diciembre¹¹⁹, relativa a la amenaza que puede suponer para una sociedad democrática, la proliferación de una interpretación abierta de las sanciones a los delitos de expresión conforme a la ley penal.

Si la adherencia a las opciones políticas protegidas por la Constitución, dicen estos magistrados, no es necesaria, entonces la adherencia a los símbolos, por muy protegidos por la Constitución que estén, tampoco lo sería, y no habría motivo alguno para la sanción de expresión de ideas contrarias a ellos.

El segundo argumento se dirige a la consideración de una opinión contraria y no violenta hacia los símbolos como objeto de la condena penal, cuando en realidad, deberían entenderse como un ejercicio lícito del derecho a las libertades ideológica y de expresión. Los magistrados refuerzan su posición, argumentando que las expresiones proferidas por el recurrente, no conllevaban violencia, ni un riesgo claro de causar un comportamiento dañino, por lo que no deberían ser objeto de represión. Además, aún considerando que las expresiones se colocaran extramuros del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de

¹¹⁹ STC núm. 192 / 2020, de 17 de diciembre, (B.O.E. núm. 22, de 26 de enero de 2021): Supuesta vulneración de los derechos a la libertad ideológica y de expresión, por arrojar pasquines a favor del aborto interrumpiendo así un acto religioso.

expresión, no sería motivo suficiente para su sanción, ya que no dan lugar a violencia o daño alguno.

Realizan comparaciones entre la sentencia y los asuntos Stern Taulats y Roura Capellera contra España (2018) y Christian Democratic People's Party contra Moldova (2010).

A la vista de ambos asuntos, los magistrados coinciden con las SSTEDH en que las expresiones del demandante en este caso, al igual que en aquellos asuntos, son una forma de expresión inmersa en una cuestión de interés público, son expresiones de insatisfacción y de protesta, que no conllevan un riesgo claro e inminente para las personas o los bienes.

Por último, declaran que en una sociedad democrática, sancionar un acto de comunicación que expresa una opinión contraria, es desproporcionado e innecesario, por lo que la limitación de los derechos a la libertad ideológica y de expresión del recurrente, *debería haber sido declarada contraria a la Constitución.*

7.1.4. Voto particular del magistrado Don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

El magistrado, presenta una discrepancia total respecto de la argumentación, el método de análisis y el fallo de la sentencia. Defiende la estimación del recurso por producirse aquellas expresiones en un contexto pacífico de reivindicación laboral, al hacer uso el recurrente de los derechos de libertad sindical y de huelga.

Relaciona la presente sentencia con el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España (2018), debido a la presencia de similitudes en la desestimación de un amparo que debería haber sido concedido. Ambas, examinan actos de menosprecio a las instituciones y hacia los símbolos que deberían haber sido considerados como una expresión simbólica de insatisfacción, en el escenario de un conflicto laboral.

El método de control utilizado por el Tribunal, también es objeto de discrepancia para el magistrado, debido a la reducción que éste hace del debate constitucional. En la sentencia, la existencia o no de una causa de justificación es el centro del análisis, mientras que la proporcionalidad de recurrir o no a una sanción penal en este contexto, quedaría desplazado.

Por otra parte, para el magistrado, el contexto que se ha tenido en cuenta en la sentencia dictada no es el adecuado, debido a que la conducta penalizada, sí estaba

relacionada con la libertad sindical e ideológica, pues se trataban de expresiones proferidas en el marco de una reivindicación laboral extendida en el tiempo, fruto de la crispación y descontento de los manifestantes.

La simple calificación de “ofensivas”, por parte del Tribunal, a las expresiones del recurrente, no alcanzaría los límites necesarios para sancionar penalmente una conducta, pues el ámbito de protección de los derechos a la libertad de expresión e ideológica, dice el magistrado, incluye aquellas opiniones chocantes u ofensivas, no debiendo ser restringidas a no ser que lesionen otros derechos constitucionales o produzcan un riesgo inminente. Aún en caso de producirse ese riesgo, cuando las expresiones estén relacionadas con el orden político y social, deberán ser sancionadas a través de una desaprobación social y nunca desde una sanción penal.

El magistrado, Don Cándido Conde-Pumpido, concluye su voto particular diciendo: *Nunca debemos olvidar que la bandera constitucional es la bandera de una Democracia. Y que también protege a los que no la aprecian.*

8. CONCLUSIÓN

Como colofón al presente trabajo, extraeré las conclusiones a las que he llegado tras el análisis del artículo 543 del Código Penal y su problemática con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

El estudio que he realizado de la jurisprudencia europea, muestra cómo los Tribunales han sido reacios a sancionar penalmente conductas u opiniones ultrajantes hacia los Estados. Ya desde 1976, se asentaba un principio en este ámbito de colisión, por el cual se amparaban tanto en aquellas ideas favorables o indiferentes, como en aquellas que ofendiesen o inquietasen al Estado. La libertad de expresión al chocar con otros derechos, goza de un amplio margen de protección. Está protegida por el artículo 20 de la Constitución Española como un derecho fundamental, y por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como un derecho humano inherente a las personas.

A raíz de analizar la regulación, en los diferentes sistemas jurídicos, del delito de ultrajes, vemos cómo la legislación europea que sanciona de forma más severa las conductas ultrajantes hacia el bien jurídico protegido, es la alemana, mientras que la más benévola, es la legislación italiana, muy cercana a la regulación de Francia.

Al realizar, al principio del trabajo, aquella referencia a la jurisprudencia estadounidense, se puede observar cómo el país americano, desde la sentencia *Texas vs Johnson* (1989), es uno de los más proteccionistas del derecho a la libertad de expresión, amparando incluso la quema de la bandera nacional, como lícito ejercicio, bajo la Primera Enmienda de 1791.

Desde el punto de vista histórico español, el delito de ultrajes ha ido evolucionado, pues el primer vestigio se encontraba en la Ley de Jurisdicciones de 1906, que castigaba los ultrajes con altos grados de prisión, hasta la redacción que en la actualidad introdujo el Código Penal de 1995, castigando éstos con una multa.

Una vez analizados en este trabajo los requisitos que componen el delito de ultrajes y las diferentes posturas que toman los autores entendidos en esta materia, en relación con cuál debe ser el bien jurídico a proteger, he de hacer varias anotaciones.

He de confesar el desconocimiento que tenía de la problemática que existe entre libertad de expresión y delito de ultrajes, y que por desgracia, creo que está presente en muchos jóvenes y no tan jóvenes.

Partiendo de esta base, una vez investigado y hecho un profundo estudio del delito de ultrajes, he observado que, la ambigüedad y subjetividad del tema, puede dar lugar a posiciones muy contradictorias, pero igualmente válidas. Al igual que hay autores que sostienen argumentos para demostrar la inexistencia de un bien jurídico protegido, e incluso la inconstitucionalidad del precepto, también hay quienes optan por sostener su existencia e imperiosa necesidad de protección.

Si me tengo que decantar por unos u otros, he de sumarme a la segunda postura. Veo necesario proteger el sentimiento que crea la pertenencia a la Nación y lo que representan sus símbolos, pero, desde mi humilde opinión, creo que la redacción que dio el legislador del propio precepto es el epicentro del problema.

Para entender mejor esta problemática, comentaré que el artículo 543 sanciona *las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho*. Desde mi punto de vista, al sancionar aquellas ideas u opiniones que se realizan de palabra, el precepto está abriendo excesivamente el comportamiento punible. Por un lado, un ultraje llevado a cabo por medio de una acción o por medio de un escrito, es una conducta que normalmente ha sido meditada y ejecutada deliberadamente, mientras que por otra parte, veo innecesario que un ultraje de palabra,

como manifestación de un momento de odio o de frustración, sea sancionado de la misma forma que las otras dos formas de comisión.

Dicho esto, el legislador, en la redacción del precepto, podría haber optado por crear un tipo que sancione como agravante, por un lado, la comisión de los ultrajes por escrito o de hecho, y un tipo atenuado, para la comisión de éstos de palabra.

Además, también observo problemas en la configuración del bien jurídico protegido, ya que, nombrar a *España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas*, me resulta ambiguo e indeterminado. Éstos, al no tener personalidad, no pueden ser dotados del honor que se pretende proteger. Más acertado hubiese sido, a mi parecer, establecer como bien jurídico protegido a aquellas personas que se identifiquen con la Nación y la bandera, y que se sientan ofendidas por la conducta ultrajante en cuestión, dirigida tanto a España como a sus símbolos.

Por último, considero acertada la introducción del requisito de publicidad para imponer una sanción, ya que si en el ámbito privado, se produjese la comisión de un ultraje que no tuviese más trascendencia que la de la memoria de los presentes en ese momento, no conllevaría una ofensa del sentimiento nacional protegido, y por ende, no cabría imponer sanción penal.

Así, la libertad de expresión como derecho fundamental de las personas, no se vería tan afectada desde este punto de vista, ya que, las expresiones ultrajantes de palabra (dependiendo de las circunstancias), serían rara vez sancionadas, y sólo podrían ser castigados aquellos comportamientos que de verdad conllevaran un peligro y una ofensa para quien realmente necesitase protección.

En definitiva, no comparto la última decisión en esta materia del Tribunal Constitucional de 2020, en el asunto del Sr. Frago Dacosta, ya que, la sanción se fundamenta en las expresiones ultrajantes proferidas por éste hacia la bandera en el transcurso de una manifestación, y como he dicho antes, según mi parecer, el sancionar este tipo de conductas me resulta una apertura excesiva del tipo.

9. BIBLIOGRAFÍA

ALMUIÑA FERNANDEZ, Celso. “La jurisdicción militar y el control de los medios de comunicación. Annual y la censura de material gráfico (1921)”. *Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea*, núm. 6, 1986, págs. 217-255.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio Victor. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª Edición, 2006.

BENLLOCH PETIT, Guillermo. “El derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIV, 2001, págs. 176-227.

BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho penal español. Tomo II El sistema de la Parte Especial. Volumen 2 Delitos contra bienes jurídicos colectivos*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2005.

CATALÀ I BAS, Alexandre H. *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia*. Valencia, 2013, pág. 353-363.

CHAPARRÓ MATAMOROS, Pedro. “El delito de Ultrajes. Análisis jurisprudencial de sus elementos”. *CEFLEGAL, Revista Práctica de Derecho*, núm. 131, 2011, págs. 155-164.

COLOMER BEA, David. “La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 41, Valencia, 27/12/2019, págs. 98-116.

CÓRDOBA RODA, Juan. *Comentarios al Código penal, Parte General, T. III*, 1978. Tirant lo Blanch, págs. 31-35.

CUERDA ARNAU, María Luisa. “Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8. 2007.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. “Libertad de expresión y Derecho Penal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, 2019, págs. 99-111.

GARCIA PELAYO, Manuel. “Ensayo de una teoría de los símbolos políticos” Mitos y símbolos políticos, Obras Completas, T. I, *Revista Derecho político*, Madrid, 1991, págs. 987 y ss.

LÓPEZ DIAZ, Claudia. (Traducción) *Código Penal alemán de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. 1999.

QUERALT JIMENEZ, Joan Josep, *Derecho Penal español. Parte Especial, 2ª Edición*, Barcelona, 1992, pág. 760-764.

PERALTA MARTINEZ, Ramón, “Libertad ideológica y libertad de expresión”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, Madrid, 2012, págs. 251-283.

REBOLLO VARGAS, Rafael. “Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España”. *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, págs. 81-126.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, Parte Especial*, 18ª edición, Madrid, 1995, págs. 627-635.

SANTANA VEGA, Dulce Mª. “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas ¿Protege algún bien jurídico-penal?” *Cuadernos de política criminal*, núm. 99, 2009 págs. 35-66.

SERRANO MAÍLLO, Isabel. “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Dos casos españoles”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, págs. 579-596.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª Edición, 2011, págs. 2135-2138.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. “Los ultrajes a España: visión crítica de un delito”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1719, 1994.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando Antonio. “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código Penal)”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIII, 2001-2002, págs. 217-252.

10. WEBGRAFÍA

ARALUCE GONZALO. *Del ultraje a España al ataque a la Corona: los delitos contra la Constitución descienden en España*. Artículo publicado en Vozpopuli [en línea]. 18 de diciembre de 2020. España. <https://www.vozpopuli.com/espana/ultraje-espana-corona-delito_0_1420059029.html> [Consulta: 3 de junio de 2021].

BELTRÁN DE FELIPE MIGUEL y GONZÁLEZ GARCÍA JULIO VICTOR. *Texas vs. Johnson*. Global Politics and Law [en línea]. <<https://www.globalpoliticsandlaw.com/wp-content/uploads/2020/05/Texas-vs-Johnson.pdf>>

CANCIO MELIÁ MANUEL. *Libertad de expresión: crimen y palabra*. El País [en línea] 15 de febrero de 2021. España. <<https://elpais.com/opinion/2021-02-14/crimen-y-palabra.html>> [Consulta: 16 de junio de 2021].

CORBACHO J. *Un Constitucional dividido no avala el ultraje a la bandera como libertad de expresión*. El Confidencial. [en línea] 15 de diciembre de 2020 <https://www.elconfidencial.com/espana/2020-12-15/tribunal-constitucional-ultrajes-bandera-espana-libertad-expresion_2873268/> [Consulta: 14 de mayo de 2021].

CIMELLARO DEBORAH. *Los nuevos crímenes de opinión*. Altalex [en línea]. 13 de enero de 2009. España. <<https://www.altalex.com/documents/leggi/2009/01/13/i-nuovi-reati-di-opinione>> [Consulta: 23 de mayo de 2021].

EURONEWS. *¿Qué país castiga con penas más severas las injurias contra los símbolos nacionales?*. Artículo publicado en Mundo, Euronews [en línea] 9 de noviembre de 2017. <<https://es.euronews.com/2017/11/09/que-pais-castiga-con-penas-mas-severas-las-injurias-contra-los-simbolos>> [Consulta: 15 de mayo de 2021].

EUROPAPRESS. *¿Cómo se sancionan las pitadas al himno en otros países?*. Artículo publicado en Europapress [en línea]. 1 de junio de 2015. España.

<<https://www.europapress.es/nacional/noticia-sancionan-pitadas-himno-otros-paises-20150601135423.html>> [Consulta: 17 de mayo de 2021].

GÓMEZ AMADOR. *Gran pitada al himno de Francia*. Artículo publicado en La Voz de Cádiz. ABC Sevilla [en línea] 17 de octubre de 2012 <<https://www.lavozdigital.es/deportes/futbol/pagina-2805.html>> [Consulta: 7 de mayo de 2021].

MARSAUD CYRIL. *La Marsellesa ultrajada en el estadio: una polémica a la francesa*, Artículo publicado en CAFEBABEL, [en línea] 24 de noviembre de 2008 <<https://cafebabel.com/es/article/la-marsellesa-ultrajada-en-el-estadio-una-polemica-a-la-francesa-5ae00547f723b35a145ddce3/>> [Consulta: 20 de mayo de 2021].

MONTAGUT EDUARDO. *Los cuatro primeros instrumentos legales represivos del franquismo*: Artículo publicado en NUEVATRIBUNA.ES, Madrid [en línea] 20 de julio de 2017 <<https://nuevatribuna.publico.es/articulo/historia/primeros-instrumentos-legales-represivos-franquismo/20170720180557141941.html>> [Consulta: 3 de mayo de 2021].

MORENO ROSALINA. *Los ultrajes a la bandera de España no están amparados por la libertad de expresión, sentencia del TC*, Artículo publicado en Confilegal, España [en línea] 15 de diciembre de 2020 <<https://confilegal.com/20201215-los-ultrajes-a-la-bandera-de-espana-no-estan-amparados-por-la-libertad-de-expresion-sentencia-el-tc/>> [Consulta: 22 de junio de 2021].

PRESNO LINERA MIGUEL ÁNGEL. *“Hay que prenderle fuego a la puta bandera”*: breve comentario a la STC 190/2020. La PosRevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la era PosCovid19. 2021 [en línea] < <https://postc.umh.es/minipapers/historias-de-nuestra-historia-penal-2-de-mindoro-a-annobon-los-suenos-rotos-del-colonialismo-penitenciario-espanol-1/>> [Consulta: 27 de junio de 2021].

RUBIO EIRE JOSÉ VICENTE. *El sistema procesal penal italiano*. ELDERECHO.COM, Madrid, [en línea] 29 de octubre de 2014 <<https://elderecho.com/el-sistema-procesal-penal-italiano>> [Consulta: 12 de mayo de 2021].

SKELTON CHRIS. *Texas vs Johnson 491 u.s. 397 1989*, JUSTIA, justia opinion summary and Annotations [en línea]

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/397/>> [Consulta: 15 de mayo de 2021].

TERUEL LOZANO GERMAN MARÍA, *Discursos extremos y libertad de expresión: Amparar no es sacralizar*. Artículo publicado en la Revista Letras Libres, España [en línea] 1 de abril de 2020 <<https://www.letraslibres.com/espana-mexico/revista/discursos-extremos-y-libertad-expresion-amparar-no-es-sacralizar>> [Consulta: 19 de mayo de 2021].

VELASCO F. *Cárcel en Alemania por ofensa a los símbolos; en España solo multa*. Artículo publicado en El Periódico LA RAZÓN, Madrid [en línea] 13 de octubre de 2018 <<https://www.larazon.es/espana/carcel-en-alemania-por-ofensa-a-los-simbolos-en-espana-solo-multa-GF20164435/>> [Consulta: 23 de mayo de 2021].

WELLE DEUTSCHE. *Quemar banderas extranjeras es declarado Delito en Alemania*. Artículo publicado en la Emisora internacional de Alemania [en línea], 15 de mayo de 2020 <<https://www.dw.com/es/quemar-banderas-extranjeras-es-declarado-delito-en-alemania/a-53452744>> [Consulta: 2 de mayo de 2021].

WILLIAM CRENNAN J. y SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *U.S Reports: Texas v. Jhonson, 491 U.S. 397 (1989)*. Library of congress, Periodical [en línea]. <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep491/usrep491397/usrep491397.pdf>>

- <https://www.iberley.es/temas/delito-ultraje-espana-47831>
- <https://libex.es/de-los-ultrajes-a-espana/>
- <https://www.elnotario.es/tribunales/10484-sentencias-del-tribunal-constitucional-numero-95>
- <https://dle.rae.es/ofensa>
- <https://dle.rae.es/ultraje>

12. ANEXO DE LEGISLACIÓN.

- ✓ Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906: (*Gaceta de Madrid*, núm.114, de 24 de abril de 1906).
- ✓ Real Orden de 23 de abril de 1906: (*Gaceta de Madrid*, núm. 114, de 24 de abril de 1906).
- ✓ Código Penal de 1928: (*Gaceta de Madrid*, núm. 257, de 13 de septiembre de 1928).
- ✓ Código Penal de 1932: (*Gaceta de Madrid*, núm. 310, de 5 de noviembre de 1932).
- ✓ Ley para la Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941: (*B.O.E.* núm. 101, de 11 de abril de 1941).
- ✓ Decreto de aprobación y promulgación del Código Penal, Texto refundido de 1944: (*B.O.E.* núm. 13, de 13 de enero de 1945).
- ✓ Ley 3/1967, de 8 de abril: (*B.O.E.* núm. 86, de 11 de abril de 1967).
- ✓ Decreto 3096, de 14 de septiembre de 1976, por el que se publica el Código Penal, Texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (*B.O.E.* núm. 297, de 12 de diciembre de 1973).
- ✓ Ley 39/1981, de 28 de octubre: (*B.O.E.* núm. 271, de 12 de noviembre de 1981).

11. ANEXO DE JURISPRUDENCIA.

11.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- ✓ STEDH. Asunto Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.
- ✓ STEDH. Asunto Christian Democratic People's Party contra Moldova, de 2 de febrero de 2010.
- ✓ STEDH. Asunto Colombani y otros contra Francia, de 25 de junio de 2002.

- ✓ STEDH. Asunto Otegi Mondragón contra España, de 15 de marzo de 2011.
- ✓ STEDH. Asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España, de 13 de marzo de 2018.

11.2. Sentencias del Tribunal Constitucional.

- ✓ STC núm. 6 / 1981, de 16 de marzo, (B.O.E. núm. 89, de 14 de abril de 1981).
- ✓ STC núm. 12 /1982, de 31 de marzo, (B.O.E. núm. 95, de 21 de abril de 1982).
- ✓ STC núm. 207 / 1988, de 8 de noviembre, (B.O.E. de 12 de diciembre de 1988).
- ✓ STC núm. 107/1988, de 8 de junio, (B.O.E. núm. 152, de 25 de junio de 1988).
- ✓ STC núm. 190 / 2020, de 15 de diciembre, (B.O.E. núm. 52, de 1 de marzo de 1990).
- ✓ STC núm. 20 / 1990, de 15 de febrero, (B.O.E. núm. 52, de 1 de marzo de 1990).
- ✓ STC núm. 118 / 1992, de 16 de septiembre, (B.O.E. de 14 de octubre de 1992).
- ✓ STC núm. 119 / 1992, de 18 de septiembre, (B.O.E. de 14 de octubre de 1992).
- ✓ STC núm. 177 / 2015, de 22 de julio, (B.O.E. núm. 200, de 21 de agosto de 2015).
- ✓ STC núm. 190 / 2020, de 15 de diciembre, (B.O.E. núm. 22, de 26 de enero de 2021).
- ✓ STC núm. 192 / 2020, de 17 de diciembre, (B.O.E. núm. 22, de 26 de enero de 2021).

11.3. Sentencias del Tribunal Supremo.

- ✓ STS (Sala Segunda, de lo Penal), núm. 485 / 1996, de 26 de diciembre de 1996.

- ✓ STS (Sala Segunda de lo Penal), núm. 977 / 1985, de 16 de diciembre de 1992.

11.4. Sentencias de la Audiencia Nacional.

- ✓ SAN (Sala de lo Penal), núm. 1511 / 2018, de 4 de mayo.

11.5. Sentencias de Audiencias Provinciales.

- ✓ SAP de Guipúzcoa (Sección Segunda), núm. 72 / 2002, de 23 de enero.
- ✓ SAP de Girona (Sección Tercera, Penal), de 29 de julio de 2005.
- ✓ SAP de Barcelona (Sección 15ª), núm. 243 / 2010, de 5 de octubre.
- ✓ SAP de A Coruña (Sección Primera), núm. 1173 / 2017, de 8 de febrero de 2018.

11.5. Sentencias de La Corte Suprema de Estados Unidos.

- ✓ U.S. Supreme Court. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).
- ✓ U.S. Supreme Court. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).
- ✓ U.S. Supreme Court. *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969).
- ✓ U.S. Supreme Court. *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974).
- ✓ U.S. Supreme Court. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).
- ✓ U.S. Supreme Court. *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310, (1990).