



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El conflicto entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y el delito de ultrajes a España

Presentado por:

Andrea de la Fuente Revilla

Tutelado por:

José Miguel Vidal Zapatero

Juan María Bilbao Ubillos

Valladolid, 5 de julio de 2023

“En la bandera de la libertad bordé el amor más grande de mi vida”.
(Federico García Lorca)

RESUMEN

La STC 190/2020 ha vuelto a sacar a la palestra el debate sobre la compatibilidad entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y los delitos de expresión, en particular, el delito de ultrajes a España (art. 543 CP). Este trabajo se desarrolla a través de tres sentencias fundamentales: la del Tribunal Constitucional sobre el caso "*A puta bandeira*", la condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a España por esta misma sentencia y la novedosa sentencia del Tribunal Supremo que condena por este delito la destrucción de una bandera. Todo esto nos llevará a valorar, analizando la doctrina y la jurisprudencia, la posibilidad de suprimir este tipo de nuestro Código Penal.

ABSTRACT

STC 190/2020 has once again brought to the forefront the debate on the compatibility between the fundamental right to freedom of expression and crimes of expression, in particular, the crime of insulting Spain (art. 543 CP). This work is developed through three fundamental judgments: the Constitutional Court on the case "*A puta bandeira*" (The fucking flag), the condemnation of the European Court of Human Rights to Spain for this same sentence, and the novel judgment of the Supreme Court that condemns for this crime the destruction of a flag. All this will lead us to assess, analyzing the doctrine and jurisprudence, the possibility of removing this type of our Penal Code.

PALABRAS CLAVE

Símbolos nacionales, bandera, libertad de expresión, derechos fundamentales, efecto de desaliento, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, ultrajes, sanción penal, pluralismo.

KEY WORDS

National symbols, flag, freedom of expression, fundamental rights, chilling effect, European Court of Human Rights, Constitutional Court, outrage, criminal sanction, pluralism.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
1.1. ESPAÑA COMO UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	5
1.2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA	5
1.3. EL VALOR DE LOS SÍMBOLOS POLÍTICOS	6
2. LOS DELITOS DE EXPRESIÓN	7
2.1. LOS LÍMITES PENALES AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.	7
2.2. EL EFECTO DE DESALIENTO O <i>CHILLING EFFECT</i>	8
2.3. EL DELITO DE ULTRAJES A ESPAÑA	11
2.3.1. <i>La cuestión del objeto de la ofensa</i>	12
2.3.2. <i>El debate sobre el bien jurídico protegido</i>	18
2.3.3. <i>Causas de justificación</i>	20
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE ULTRAJES A ESPAÑA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: PASADO, PRESENTE Y FUTURO	21
3.1. LA DOCTRINA	23
3.1.1. <i>La postura doctrinal sobre la derogación del tipo penal</i>	23
3.1.2. <i>Proposición de Ley para la despenalización de las injurias a la Corona y los ultrajes a España (2022).</i>	25
3.2. LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA	26
4. EL DELITO DE ULTRAJES A LOS SÍMBOLOS NACIONALES EN EL DERECHO COMPARADO	30
4.1. LA RESISTENCIA DE LOS PAÍSES ANGLOSAJONES, EN PARTICULAR, ESTADOS UNIDOS.	30
4.2. FRANCIA	33
4.3. ITALIA	33
4.4. ALEMANIA	34
5. LA STC 190/2020	36
5.1. LOS HECHOS	37
5.2. EL CAMINO HASTA EL TC	37
5.3. EL RECURSO DE AMPARO	38
5.4. LA DISCREPANCIA DE LA MINORÍA. LOS VOTOS PARTICULARES	40
6. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU POSTURA	45
6.1. OSMANI Y OTROS C. LA EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA	45
6.2. PARTIDO POPULAR DEMÓCRATA CRISTIANO C. MOLDAVIA	45
6.3. MURAT VURAL C. TURQUÍA	46
6.4. STERN TAULATS Y ROURA CAPELLERA C. ESPAÑA	46
6.5. OTEGI MONDRAGÓN C. ESPAÑA	47
6.6. FRAGOSO DACOSTA C. ESPAÑA	48
7. LA STS 1175/2022, ¿UN NUEVO CASO PARA EL TC?	53
8. CONCLUSIONES	61
9. BIBLIOGRAFÍA	64

1. INTRODUCCIÓN

1.1. España como un Estado social y democrático de Derecho

Nuestra Constitución coloca en su artículo primero, entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico; el pluralismo político. Con esta base, parece impensable que nuestro sistema atribuya consecuencias penales a la exteriorización de ideas políticas u otras formas de opinión ideológica, pues la criminalización de determinadas posturas ideológicas supondría admitir la subsistencia de delitos políticos en nuestro sistema constitucional, lo cual no encaja con la idea de un Estado democrático y pluralista.

Si bien es cierto que la motivación política puede actuar como un móvil que precede a la comisión de un determinado delito, de ninguna manera debería esta incorporarse a la descripción del tipo penal. Si entendemos delito político como aquel en cuya descripción de lo prohibido se incluye la manifestación de opiniones ideológicas o políticas y le damos cabida en nuestro Código Penal, nos estamos oponiendo a las bases de nuestro sistema, regresando a nuestra historia predemocrática¹.

Tanto el derecho fundamental a la libertad de expresión como todas aquellas libertades consagradas en el art. 20 de la Constitución Española favorecen la conformación y mantenimiento de una opinión pública libre, elemento esencial para poder hablar de un verdadero sistema democrático.

1.2. El derecho fundamental a la libertad de expresión y a la libertad ideológica

La libertad de expresión es un derecho fundamental recogido en el art. 20 CE que protege las ideas, opiniones y juicios de valor, sin ser necesario probar su veracidad (como sí ocurre con el derecho a la libertad de información, con el que guarda ciertas similitudes). Esto hace que existan menos límites a la hora de considerar que su ejercicio es legítimo y prevalente sobre el derecho al honor. Esto es, que las opiniones y críticas quedan protegidas, aun cuando sean ácidas o puedan molestar a quien van dirigidas, con el único límite de no incurrir en el insulto formal y no ser vejatorias. El art. 20 CE, por tanto, no reconoce el derecho al insulto, que sería incompatible con el derecho a la dignidad de la persona reconocido en el art. 10.1 CE².

¹ BENLLOCH PETIT, G. (2001). “El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 54 (1), p.178.

² DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2019) “Libertad de expresión y Derecho Penal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7, pp. 100-101.

El Tribunal Constitucional ya ha subrayado que la libertad ideológica sobrepasa su dimensión interna, comprendiendo una dimensión externa que es el derecho a expresarse según las propias ideas sin sufrir por ello un castigo o una injerencia por parte de los poderes públicos.

1.3. El valor de los símbolos políticos

La cuestión de los símbolos políticos supone una problemática subyacente con las cuestiones constitucionales, por lo referido a “la propia fundamentación y legitimidad de toda estructura constitucional”³.

Destacadamente en nuestra doctrina, García-Pelayo⁴ ha señalado que los símbolos políticos “contribuyen a explicar la relación de la persona con su comunidad política”, lo que se debe a su “carácter ambivalente”, que permite encontrar a la vez en ellos tanto componentes “míticos” como “racionales”. Actúan como un puente que permite el paso del mito a la razón de la mano del Estado. En esta representación mítico-racional propia de la dimensión cultural del ser humano es donde tienen estos símbolos la capacidad de suscitar reacciones y generar vínculos emocionales entre la persona y su comunidad política. Esta capacidad que tienen los símbolos para influir en los sentimientos de los destinatarios es precisamente la causa que provoca que tengan un fuerte potencial integrador de cada individuo⁵.

También a esta función integradora se refiere Rudolf Smend, que recalca que los símbolos sirven para materializar determinados valores históricos o acontecimientos especialmente representativos que “expresan gráficamente el significado más profundo de la política de un país”⁶. Aunque apelen a sentimientos quizá irracionales, los símbolos son susceptibles de ser utilizados y manipulados de forma racional. La aproximación a los mismos debe realizarse desde una perspectiva interdisciplinar e histórica, pues la mayor o menor presencia del símbolo queda condicionada por cada época y sus correspondientes circunstancias históricas.

Lo que aporta el carácter integrador de los símbolos, al que ya hemos hecho referencia, es la capacidad que tienen para generar un sentimiento de identificación entre los ciudadanos

³ DE VEGA GARCÍA, P. (1997), “En torno al concepto político de Constitución” en M. Á. GARCÍA HERRERA (coord.), *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, p. 702.

⁴ GARCÍA-PELAYO, M., *Ensayo de una teoría de los símbolos políticos*, p. 1022.

⁵ ALEGRE MARTÍNEZ, M. Á. (2023) “La libertad de expresión y sus límites en torno a los símbolos del Estado”, en A. DE PABLO SERRANO (coord.), *La libertad de expresión asediada. Delitos de odio, delitos de opinión, censuras de Gobiernos y de empresas*, Aranzadi, p. 172.

⁶ SMEND, R. (1985). *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales. pp. 96-98.

y su comunidad, mediante el fortalecimiento de un pacto esencial alrededor de los valores que sustentan a esta. El símbolo da presencia material a una realidad inmaterial y es por ello, por lo que, en definitiva, un ataque o ultraje a los símbolos supone un ataque o ultraje a lo simbolizado⁷.

2. LOS DELITOS DE EXPRESIÓN

2.1. Los límites penales al ejercicio de la libertad de expresión.

A pesar de la crítica existente y ya mencionada sobre la incriminación de posturas u opiniones ideológicas y en contra de lo que pudiera pensarse, en nuestro sistema penal sí se excluyen algunas manifestaciones ideológicas bajo amenaza punitiva.

Los supuestos en los que nuestro Código Penal castiga las expresiones ideológicas se pueden sistematizar en tres grupos:

En primer lugar, los supuestos en los que la exteriorización de la opinión produce un desvalor propio, que sirve como base para fundamentar el castigo. La opinión es delictiva en sí misma. Este es el caso del delito de ultrajes a España del art. 543 CP.

En segundo lugar, tendríamos las manifestaciones de ideas u opiniones que no se castigan por un desvalor autónomo como en el primer caso, sino porque crean un peligro de lesiones futuras de bienes jurídicos, por su “virtualidad provocadora de conductas antisociales”. En este caso, la tipificación intenta actuar de barrera frente a las ideas cuya difusión puede generar climas que propicien la comisión de delitos. El ejemplo más claro lo encontramos en el delito de exaltación del terrorismo del art. 578 CP.

Por último, tendríamos un tercer grupo compuesto por los supuestos en los que la finalidad típica es la propia idea política, donde esta finalidad se incorpora al tipo penal como elemento subjetivo y su presencia hace surgir un tipo de delito autónomo del que existiría si no se diese esta finalidad. Por ejemplo, cuando la finalidad es la subversión del orden constitucional, encontramos delitos como la rebelión (art. 472 y ss. CP) o el terrorismo (art. 571 y ss.)⁸.

Es doctrina constitucional consolidada, como remarca el Tribunal Constitucional en su STC 24/2019 (además de en SSTC 15/2004, 127/2004, 76/2007, entre otras), que cuando una conducta se pretende perseguir por la vía penal y constituye a su vez el ejercicio

⁷ *Op. cit.* nota 5, pp. 172-173.

⁸ *Op. cit.* nota 1, pp. 179-180.

legítimo de un derecho fundamental, el órgano encargado de juzgar la cuestión debe analizar previamente si los hechos se encuadran o no dentro de este ejercicio legítimo. Esto se debe a que, en estos casos, el ejercicio legítimo de un derecho fundamental constituye una causa excluyente de la antijuridicidad de esa conducta⁹.

Parece claro que, en líneas generales, el reprimir penalmente la expresión de la disidencia (incluso en las ocasiones en que esta pueda tener lugar de un modo extremo y/o radical) no casa bien con un Estado de Derecho en el cual el pluralismo político se constituye como uno de los valores fundamentales de su ordenamiento jurídico¹⁰. A pesar de esto, existen autores como Benlloch Petit¹¹ que consideran legítimo instaurar a través del Derecho penal un “deber mínimo de acatamiento y respeto público” a los símbolos, los cuales son una plasmación del modelo nacional y de organización territorial vigente.

Muchas veces se alude a que la penalización de estos comportamientos se debe a que son capaces de alterar la seguridad del Estado o la convivencia (como se señala en la STC 190/2020), lo cual constituiría el ámbito penalmente relevante de este delito. Pero el delito de ultrajes en sí no tiene esta capacidad de afectar a la normalidad constitucional de una forma suficientemente notoria como para ser castigado por la vía penal.

2.2. El efecto de desaliento o *chilling effect*

El efecto de desaliento puede definirse como aquel resultado disuasorio que de forma indirecta produce la sanción penal de una conducta que, aun ilícita, es muy cercana a las amparadas por un determinado derecho fundamental. Parece que acudir al derecho penal para castigar las extralimitaciones en el ejercicio de un derecho resulta desproporcionado, pues no dejan de desarrollarse en el contexto de una libertad constitucional. Esta sanción puede llevar al ciudadano a desistir de ejercitar un derecho legítimamente por miedo a que su conducta sea calificada como ilícita.

En un Estado democrático y de Derecho, la prohibición del desaliento se muestra como un límite constitucional esencial que debe imponerse al legislador y al aplicador de las leyes para que los derechos fundamentales sean plenamente efectivos.

A pesar de que las conductas castigadas por los tipos penales no constituyen un ejercicio legítimo del derecho, sino extralimitaciones del mismo, hay que tener en cuenta la fuerte

⁹ *Op. cit.* nota 2, p. 100.

¹⁰ LLABRÉS FUSTER, A. (2015). “Artículo 543: de los ultrajes a España”, en M. GÓMEZ TOMILLO y A. JAVATO (dirs.). *Comentarios Prácticos al Código Penal*, tomo VI, p. 381.

¹¹ Postura que adopta en su obra: “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”.

conexión que tienen con este. Es por ello que tanto el legislador como el juez deben, para no desalentar su ejercicio, hacer efectiva la función principal del desaliento como criterio de proporcionalidad que se aplica en el proceso de justificación de la sanción. Esto se traduce en que el legislador debe distinguir entre el exceso que tiene lugar en el ejercicio de un derecho y su relevancia penal, pues no todo exceso puede ser castigado y, en caso de serlo, es necesario garantizar que la pena no provoque un efecto disuasor del ejercicio legítimo de los DD.FF.

En cuanto al juez, cabe señalar que no es suficiente con que se atenga al tenor literal de la ley, sino que debe extremar las precauciones en el momento de calificar como punibles conductas que estén estrechamente relacionadas con el ejercicio de un derecho fundamental. Esto no quiere decir que deba despegarse de lo establecido por la norma, pues cualquier valoración judicial que modifique el sentido del texto legal es una subversión de nuestro sistema de fuentes. Si bien es cierto que la doctrina del efecto de desaliento tiene su proyección sobre la interpretación de la ley; no puede oponerse a esta.

Además, tampoco debe el juez ordinario recurrir a la ponderación para decidir si un comportamiento pertenece o no al contenido del derecho fundamental, lo que sería poco deseable en la medida que deja a los derechos en una posición de indefensión absoluta, pues conduce a imponer en cada caso el criterio particular de los jueces¹².

Esta doctrina encuentra su origen en tres votos particulares del magistrado Vives Antón, en las SSTC 78/1995, 79/1995 y 46/1998 y, en la actualidad, parece estar en un claro declive constitucional. Hay dos fallos que ejemplifican este retroceso en materia de derechos fundamentales: uno de ellos es la STC 190/2020, que analizaremos en su momento correspondiente y, también, la STC 133/2021, de 24 de junio.

Esta sentencia versa sobre el caso conocido como “asalto al Parlamento de Cataluña”, en el que en instancia se absolvió a los acusados por un delito del art. 498 CP contra las altas instituciones del Estado al traer a colación el efecto de desaliento. Los hechos resumidos por el FJ 5 de la STC relatan que varios manifestantes se interpusieron en el camino de algunos parlamentarios, gritando consignas de la manifestación y siguiéndolos con los brazos en alto. También desplegaron pancartas y recriminaron a algunos políticos algunas de sus medidas.

¹² CUERDA ARNAU, M. L. (2022). “La regresión de la doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Boletín Oficial del Estado, pp. 107 – 109.

La sentencia fue revocada en casación y se condenó a los acusados a tres años de prisión. El TC se limitó a aplicar la teoría de la ponderación, en la que triunfó el derecho de participación política que supuestamente habrían vulnerado los acusados, sin entrar a analizar la doctrina del desaliento.

Queda latente, a mi modo de ver, la desproporcionalidad de la reacción penal ante estos hechos, pues conllevaron una pena de tres años de prisión. Al igual que en la STC 190/2020, el Ministerio Fiscal apoyó la estimación del recurso de amparo, y la propia sentencia contiene varios votos particulares, lo que refuerza la idea de que la condena fue innecesaria y desproporcionada.

Los magistrados Juan Antonio Xiol y M^a Luisa Balaguer expresaron en su voto conjunto que no consideran que las conductas quedasen fuera del contenido de los derechos afectados, pues se llevaron a cabo en estrecha relación con el ámbito material de protección del derecho de reunión. Esto no las convierte en un ejercicio legítimo del derecho, pero sí obliga al Tribunal a considerar la doctrina del efecto de desaliento, sobre todo cuando los demandantes fueron condenados a tres años de prisión por unas acciones que los magistrados consideran leves.

Por su parte, Conde-Pumpido niega taxativamente la tipicidad de la conducta, considerando que el Tribunal Supremo había realizado una interpretación extensiva del precepto al incluir en él actos tan leves como los descritos (en la misma línea que el voto particular de Perfecto Andrés en la STS 161/2015). El magistrado señala que se debió conceder el amparo ya que la pena es desproporcionada para el contexto de protesta política y las actitudes que se llevaron a cabo, por lo que estima que: “(...) por la severidad de la pena impuesta a los demandantes, no puede excluirse un efecto desalentador sobre futuros actos de protesta política”. En toda su exposición parece clara su preocupación por las repercusiones dogmáticas que tiene el efecto de desaliento, tanto al subsumir la conducta dentro del tipo penal como al determinar la pena aplicable.¹³

Esto nos demuestra que las libertades también pueden lesionarse cuando las conductas estrechamente relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales se sancionan desproporcionalmente. Esto ocurre, en el ámbito del legislador, cuando recurre al castigo penal ante conductas de esa casa relevancia y muy cercanas al ejercicio de las libertades constitucionales o cuando decide sancionarlas con penas excesivamente severas. Asimismo, los jueces que aplican e interpretan estos tipos no pueden olvidar las exigencias impuestas

¹³ *Ibidem*, pp. 109 – 115.

por el principio de legalidad, que en estos casos quedan aún más reforzadas por su cercanía a los derechos fundamentales, robusteciéndose la proyección de la proporcionalidad al determinar la pena. Frente a esto, encontramos en la proscripción del desaliento un límite constitucional que se impone tanto a la actividad legislativa como a la judicial. Esto no es contrario al principio de división de poderes, que otorga al legislador un amplio margen para establecer la política criminal que considere oportuna y, a su vez, obliga a los jueces a aplicar la misma sin cuestionar su oportunidad. Pero esto no quita que el TC no deba someter los casos que se le planteen a un control de constitucionalidad efectivo que merezca tal nombre¹⁴.

2.3. El delito de ultrajes a España

A lo largo de su historia, España ha padecido diferentes crisis ligadas al sentimiento de pertenencia a la Nación. Este sentimiento de rechazo se ha materializado en una dificultad para aceptar la bandera como símbolo propio, lo cual ha derivado en conflictos por el uso de la bandera que han dado lugar a múltiples sentencias.

La bandera ha dejado de ser un elemento de integración para pasar a ser uno de diferenciación, de separación entre aquellos que la usan porque se sienten representados por ella y los que no. Siguiendo la tinta de García Pelayo: “la exposición de la bandera no sólo da lugar a un sentimiento de indiferencia por representar a una comunidad distinta, sino de antagonismo o de hostilidad, cuando se trata de una comunidad históricamente enfrentada a la que se considera propia, cargando de connotaciones negativas los símbolos de los otros”.

El delito de ultrajes a España está contemplado en el art. 543 del Código Penal, el cual establece que:

“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.”

El tipo legal hace referencia a dos términos: ultrajar y ofender, diferenciándolos. Esto nos puede llevar a pensar que existen diferencias entre ellos y, aunque muchos autores los consideran sinónimos, podemos entender que el término ultrajar equivale a injuriar con una cierta gravedad. A pesar de esta mención diferenciada, la jurisprudencia ha entendido que no deben deslindarse ambas fórmulas, que se muestran equivalentes a injuriar,

¹⁴ *Ibidem*, pp. 115 – 116.

menospreciar, vilipendiar, agraviar, deshonorar, vituperar o vejear (vid. SAP Guipúzcoa 2ª 23-1-2002 ARP 2002,581).

En este sentido, no se incluyen dentro del tipo penal ni la infracción de la normativa de la ubicación de banderas ni las faltas de respeto por omisión (no bajar la cabeza o no ponerse en pie); por lo que este delito requeriría una conducta activa y dolosa (se excluyen el dolo eventual y la imprudencia).

Habiendo señalado qué conductas no constituyen el objeto de este delito, veremos aquellas que sí. Podemos establecer que existen tres formas de comisión del delito: de palabra u orales, por escrito (artículos periodísticos, panfletos, carteles o caricaturas, entre otros) y de hecho. Esta última modalidad contempla diversos comportamientos como quemar la bandera, pisotearla, escupirla, desgarrarla...

Además, el tipo penal señala que estos comportamientos deben realizarse con publicidad, es decir, superando el ámbito de la intimidad y trascendiendo a una multiplicidad de personas¹⁵.

2.3.1. La cuestión del objeto de la ofensa

En cuanto al objeto de la ofensa, esta deberá realizarse sobre España, sus Comunidades Autónomas, o sendos emblemas o símbolos.

Según la Real Academia Española, por símbolo debe entenderse: “la representación sensorialmente perceptible de una realidad, en virtud de rasgos que se asocian con esta por una convención socialmente aceptada”. Por tanto, en aquello que nos concierne, serán símbolos susceptibles de ofensa la bandera, el escudo de España (y sus CC.AA.) como símbolos visuales, y también el himno como símbolo auditivo. Algunos autores como Conde-Pumpido entienden que esta interpretación es demasiado extensiva y, por tanto, no asumible.

La doctrina que defiende esta interpretación extensiva señala que, como nos encontramos con una ley penal en blanco, hay que acudir a las disposiciones extrapenales que regulan específicamente los símbolos a los que se refiere el delito. Esto significa que han de tener reconocimiento legal o normativo y, además, su uso ha de ser oficial y público. La bandera de España se regula, además de en el art. 4 CE, en la Ley 39/1981, de 28 de octubre por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas. A su vez, tenemos la Ley 33/1981 de 5 de octubre, que describe el Escudo de España y el RD

¹⁵ *Op. cit.* nota 2, pp. 109-110.

1560/1997, de 10 de octubre por el que se regula el Himno Nacional. Las banderas autonómicas están reguladas, por regla general, en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

A pesar de este requisito del reconocimiento legal, la opinión más extendida sostiene que lo realmente importante es la representatividad, no siendo exigibles todos los requisitos legales. Incluso el propio Tribunal Supremo entiende que por bandera se entiende no sólo la oficial que ondea en los edificios públicos, sino también cualquier representación de la misma que siga su estructuración, colores y franjas tal y como lo indica la Constitución.

Pero frente esta concepción extensiva, encontramos también a autores que se posicionan junto a aquellos que defienden una interpretación más restrictiva del precepto en lo que se refiere al tipo objetivo.

En este sentido, hay que señalar que, de manera directa, pueden ser objeto del delito España o sus CC.AA.¹⁶, entendidas de una forma individualizada y no abstracta. Sería atípica la ofensa dirigida contra la estructura jurídico-política que los miembros de las mismas pudiesen contingentemente adoptar (forma de organización política o estructura territorial), siempre y cuando no constituyese la conducta tipificada por el delito de injurias a la Corona. Por ejemplo, el art. 123 del Código de 1973 sí castigaba el ultraje “al Estado o a su forma política”. También carecen de relevancia penal los ataques realizados contra otros colectivos que se conformen por razones territoriales o de otro orden (lingüístico, étnico, etc.), aunque podrían reconducirse al art. 510 CP¹⁷.

Bajo la vigencia del actual Código Penal no se registran sentencias condenatorias bajo esta primera modalidad de ultrajes directos¹⁸. Tendríamos que remontarnos al año 1982, con la STS 375/1982, de 22 de marzo, que castigó al intérprete de una canción la cual decía en una de sus estrofas: “si España es mi madre yo soy un hijo de puta”. Para el Tribunal este comentario suponía “una quiebra del respeto reverencial que se debe a ésta como madre común a todos los españoles”.

También fue conocido el caso de Pepe Rubianes, que fue sobreseído (Auto J. Instrucción 5 Sant Feliu de Guíxols, 2007). El cómico había declarado en la televisión pública catalana, con motivo de la presentación de la obra de teatro “Lorca somos todos”, que: ““a mí la unidad de España me suda la polla por delante y por detrás”, “que se metan a España ya en

¹⁶ Queda la duda sobre si Ceuta y Melilla constituyen el objeto de este delito, al no considerarse formalmente Comunidades Autónomas, sino Ciudades Autónomas.

¹⁷ *Op. cit.* nota 10, pp. 383-384.

¹⁸ Sí se registran bajo el Código Penal Militar. La STS 56/1997 (Sala de lo Militar), de 11 de diciembre, castigaba la expresión “me quedan cincuenta días en esta mierda y me cago en la patria”.

el puto culo a ver si les explota dentro y les quedan los huevos colgando de los campanarios” o “que se vayan a cagar a la puta playa con la puta España”. Finalmente, el Juzgado entendió que las palabras del humorista no iban dirigidas a “España nación, sino a una concepción diferente a la democrática y constitucional, que tienen determinados grupos de individuos”, refiriéndose a la "España golpista de la guerra civil". Fue él mismo quien precisó que se refería a “la España que mató a Lorca, permitió que Machado muriera de pena en Colliure y dejó morir a Miguel Hernández en la cárcel”. A pesar de este sobreseimiento inicial, el auto fue revocado por AAN Barcelona, sección 10ª en 2008, ordenando la apertura del juicio oral. Finalmente, el actor no llegó a ser juzgado, pues falleció poco después.

La protección de este artículo se extiende también a los símbolos o emblemas de España y de las CC.AA., lo que nos lleva a la modalidad de ultrajes indirectos. Aquí no se agravia propiamente el símbolo o emblema, sino la realidad que éstos representan (que es, de nuevo, España y sus CC.AA.¹⁹). De nuevo, también en esta modalidad indirecta hay autores que defienden una interpretación más restrictiva de los símbolos que son susceptibles de ultraje.

Desde este punto de vista, algunos autores defienden que sólo deberían tenerse en consideración los símbolos mencionados de forma expresa en la Constitución, como son la bandera de España “formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas” (art. 4.1 CE) y las banderas y enseñas propias de las CC.AA. que estén contempladas en los correspondientes estatutos de autonomía (art. 4.2 CE). Por tanto, estos autores defienden que no deben considerarse típicos los ataques contra otros símbolos no constitucionalizados, especialmente el himno o el escudo²⁰, pero también otros como la fiesta nacional del 12 de octubre (vid. la exposición de motivos de la Ley 18/1987, de 7 de octubre, que establece el día de la Fiesta Nacional de España el 12 de octubre, la cual alude de forma expresa al carácter simbólico de la fecha). A pesar de estas opiniones, no parece ser este el sentir mayoritario ni de la doctrina ni de la jurisprudencia²¹.

En efecto, el escudo no aparece mencionado en nuestra Carta Magna, hasta el punto de que el texto original fue aprobado y publicado con el escudo propio de la dictadura franquista (con el águila de San Juan, el yugo y las flechas y el lema de “Una, grande, libre”),

¹⁹ Esta idea se extrae del art. 1 de la Ley 39/1981, de 22 de octubre, que señala que: “La bandera de España simboliza la nación...”.

²⁰ De esta opinión, especialmente, Llabrés Fuster.

²¹ Vid. STS 1362/1989 o SAP Guipúzcoa, 2ª, de 2002.

el cual se conservó casi íntegramente con el RD 1501/1977, de 21 de enero, del Reglamento de banderas, estandartes, insignias y distintivos, hasta que fue aprobada la Ley 33/1981, de 5 de octubre, del Escudo de España. Dicho esto, es preciso señalar también que, tal y como establece el art. 2 de la Ley 39/1981, el escudo debe figurar en todo caso incorporado a la franja amarilla de la bandera cuando esta se usa oficialmente, por lo que de alguna manera será parte del objeto del delito en la mayoría de casos de ultraje a la bandera. Tampoco está de menos indicar que no se conocen, por el momento, ataques al escudo por sí mismo²².

En cuanto a los símbolos de las CC.AA., ya hemos visto que el art. 4.2 CE se refiere únicamente a las banderas y enseñas reconocidas en los estatutos de autonomía (a pesar de que no todos atribuyen a la bandera la condición de símbolo expresamente o, por el contrario, crean un gran universo simbólico de su Comunidad Autónoma).

Resulta imprescindible que la bandera se sitúe desempeñando su función simbólica, la cual se le atribuye en el contexto oficial y público. Para delimitar este uso oficial debemos acudir al art. 3 de la Ley 39/1981, según el cual “concurrirá cuando ondee en edificios y establecimientos de la administración, sedes de los órganos constitucionales y de los órganos centrales de la administración del Estado, edificios públicos militares, buques y aeronaves del Estado²³...”. Por tanto, no deberían tener trascendencia penal los hechos ejecutados sobre la bandera en contextos no oficiales o cuando tenga un carácter ornamental o meramente decorativo (en festejos o celebraciones) o cuando la propia bandera no sea una bandera oficial (de uso particular, que no incorpore el escudo o, por el contrario, incorpore otros elementos, como un toro)²⁴.

En este sentido, parece criticable la línea jurisprudencial que otorga cobertura penal a todo supuesto imaginable. En esta línea se ha condenado la quema de “catorce banderas españolas, que intercaladas con otras de la región valenciana, estaban colocadas en los palcos y balcones” de un pueblo en fiestas (STS 134/1981, de 7 de febrero) o también la quema de una bandera sin escudo que estaba colgada entre dos balcones de unas viviendas particulares en unas fiestas patronales de un barrio (STS 1780/1985, de 6 de diciembre). Sobre este tema es interesante el pronunciamiento de la SAP Valencia 1ª 102/1999 de 24 de marzo, que expresa: “aunque formalmente no tenga todos los atributos reglamentarios

²² *Op. cit.* nota 10, p. 386.

²³ Se cuestiona que juegue ese mismo cometido en el caso de embarcaciones o aeronaves particulares, donde la obligación de enarbolarla obedece a fines más bien identificativos.

²⁴ *Op. cit.* nota 10, p. 389.

de la bandera oficial (...) una tela que presenta esas características (una bandera rojigualda que llevaban los aficionados de un equipo de fútbol) es un símbolo de España”.

Sobre el requisito de que los actos deben producirse “con publicidad²⁵”, la jurisprudencia ha seguido una interpretación amplia de publicidad. Se conforma con que la acción haya tenido lugar en presencia de una colectividad de personas²⁶, y no sólo cuando se propague a través de un medio de difusión (algunos autores como Molina Fernández entienden que esta opción sería preferible por razones de fragmentariedad y por una mejor relación con los delitos contra el honor). A pesar de que la conducta pueda realizarse “de palabra, por escrito o de hecho”, la práctica totalidad de los casos se han producido mediante esta última modalidad.

Para que las conductas alcancen relevancia penal, es preciso que constituyan de manera inequívoca y objetiva un acto de menosprecio inapelable²⁷ al símbolo. En el caso de la bandera, podrían encajar en esta calificación actitudes como quemarla, rasgarla, pisotearla, arrastrarla, cortarla, arrojarla al suelo, escupir sobre ella, etc.

Por el contrario, no se considerarían subsumibles en el art. 543 CP acciones como arriarla, bajarla a media asta, colocarla en posición invertida, guardarla, esconderla o sustituirla por otra. En este sentido, no puede compartirse la fundamentación de sentencias como la STS 377/1990 por la que se condena a tres concejales por arriar la bandera de España del balcón del ayuntamiento y guardarla, o la condena del caso Jaume d’Urgell, en el que se coloca una bandera republicana en el mástil de un edificio oficial donde ondeaba la bandera española oficial (además, en este caso parece que el ataque se dirige a una determinada forma de organización política; la monarquía parlamentaria, pues el acusado afirmó que no impugnaba con su acto a España, sino a un “símbolo puntual de una cierta versión de

²⁵ El art. 10.3 de la Ley 39/1981, que contenía una presunción *iuris et de iure* de publicidad, fue declarada inconstitucional por la STC 118/1992.

²⁶ En este sentido, la publicidad no concurre, como ha indicado la jurisprudencia: cuando la quema tiene lugar a las 4 de la noche y en presencia de tres amigos y el camarero de un local (STS 16-12-1992); o por pronunciar la frase “qué mal huele la bandera española”, sólo oída por dos periodistas, que luego lo reflejan en sus medios (AAP Guipúzcoa, 2ª, de 2006); o en el caso de un párroco que la encuentra parcialmente quemada en la puerta de su iglesia (SAP Ourense, 2ª, 104/2009). Sí se ha apreciado con ocasión de una manifestación, cuando es quemada en una plaza (STS 15-3-1989); cuando se arria del mástil, se cuelga de una farola y se le prende fuego ante un número de jóvenes (SAP Islas Baleares, 2ª, 171/1999); al quemarla en una vía pública tras un encuentro de fútbol “ante la concurrencia de una multiplicidad de personas” (SAP Valencia, 2ª, 102/1999); al arriarla y arrojarla a la calle, ante un grupo de unas cincuenta personas y profesionales de medios de comunicación citados al efecto (SAP Guipúzcoa, 2ª, 23-1-2002); al desgarrarla tras un pasacalles en la plaza del ayuntamiento (SJP núm. 2 Terrasa 15-9-2004, Caso Franky); tras un concierto musical, en el escenario instalado en la plaza del pueblo en el marco de sus fiestas patronales (SAP Girona, 3ª, 754/2005); incluso ante un número indeterminado de personas – se alude sólo a un testigo y un agente de policía – al arriarla y arrojarla al patio del castillo de Montjuïc para sustituirla por una estelada tras haberse subido a su azotea (SAP, Barcelona, 6ª, 683/2009).

²⁷ De otra opinión, STS 1362/1989, que incluso considera típicos los ultrajes implícitos, aunque *obiter dicta*.

España²⁸). Por tanto, la mayoría de supuestos en los que se arría la bandera deberían reputarse atípicos y, en todo caso, reconducibles de *lege ferenda* a la vía gubernativa, salvo si el contexto permite integrar la conducta en otros tipos penales tales como atentado contra la autoridad o desórdenes públicos²⁹ (como ocurrió en el caso Franki³⁰).

Parece difícil aceptar la modalidad omisiva cuando el precepto exige que la conducta se realice “de palabra, por escrito o de hecho”. Algunos autores como Díaz y García-Conlledo consideran que la omisión también es un “hecho”, pero a su vez apuntan que en esos casos la conducta no revestiría de la necesaria gravedad para ser considerada típica. Esto se puede ver, por ejemplo, en los comportamientos que consisten en no mantener el debido respeto que se espera o se acostumbra ante determinados símbolos en algunas ocasiones como homenajes, desfiles o izadas de bandera. También deberían considerarse penalmente irrelevantes actitudes como omitir el saludo a la bandera o no levantarse a su paso.

Una conducta bastante frecuente en la práctica, que tampoco debería integrarse en el tipo penal, es la que corresponde al incumplimiento de las previsiones de la Ley 39/1981 (en particular su artículo tercero), que por lo general tienen lugar por vía omisiva; especialmente, el no hacer ondear la bandera en los supuestos previstos en la norma. Normalmente, estos comportamientos se suelen producir por parte de algunos alcaldes y equipos de gobierno municipales que se niegan a hacer ondear la bandera española en el balcón del ayuntamiento. En este sentido la jurisprudencia ya ha señalado que “no existe en la legislación penal española precepto alguno que contemple como delito la no colocación de la bandera española en el consistorio” (Auto JI núm. 1 de Bilbao, 2007).

Este tipo de delito sólo admite la comisión dolosa por dolo directo -excluyéndose el dolo eventual y la imprudencia-. El TS considera este dolo integrado por el “conocimiento por parte del agente de hallarse ante semejante símbolo o enseña, la clara conciencia de las acciones ejecutadas o expresiones proferidas, perfectamente adecuadas para la exteriorización del menosprecio, deshonor o injuria propuestos, así como la voluntad realizadora de los actos en que encarnen los propósitos agraviantes u ofensivos” (STS 1780/1985, de 6 de diciembre). Además, en los casos en que la ofensa se dirija a varios

²⁸ SJP Madrid, núm. 5, 28/2008.

²⁹ *Op. cit.* nota 10, pp. 390-392.

³⁰ Franki (Francesc Argemí) fue condenado en 2008 a más de dos años de prisión por haber descolgado una bandera de España del ayuntamiento de Tarrasa, actitud que se encuadró también bajo los tipos penales de desórdenes públicos y atentado contra la autoridad por una disputa con la policía.

objetos materiales, sólo cabría apreciar un único delito de ultrajes, por existir una única intención de ultrajar, sin perjuicio de la ponderación que se haga de la pena³¹.

También suele exigirse que exista un elemento subjetivo especial, como es el *animus iniuriandi*, que se considera implícito, no siendo necesaria una mayor motivación³².

2.3.2. El debate sobre el bien jurídico protegido

En cuanto al bien jurídico protegido por el tipo penal, debemos partir de la base de que ni los entes colectivos, ni los símbolos o emblemas tienen dignidad en sí mismos, por lo que no podría hablarse de un derecho al honor. Tal y como declaró el Tribunal Constitucional en su STC 107/1988, de 8 de junio, el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista. Es decir, que es un valor que sólo puede referirse a personas *individualmente* consideradas. Desde el punto de vista constitucional, para referirnos a las instituciones públicas sería incorrecto hablar de honor, siendo más recomendable usar términos como “dignidad”, “prestigio” o “autoridad moral”. Estos términos también gozan de la protección penal que dispensa el legislador, pero no son exactamente identificables con el honor, diferenciándose este último por estar consagrado en la Constitución como un derecho fundamental. El hecho de que estos bienes jurídicos no ostenten la categoría de derecho fundamental hace que se les otorgue un nivel de protección más débil cuando los ponderamos frente a la libertad de expresión, que sí es un derecho fundamental.

Es por este razonamiento que la sentencia declaró la preferencia constitucional de la libertad de expresión. De esta manera declara el Tribunal que: “la jurisdicción penal debió entender, de haber realizado una correcta ponderación de los valores en conflicto, que la libertad de expresión se ejerció en condiciones que, constitucionalmente, le confieren el máximo nivel de eficacia preferente y, en consecuencia, que la lesión inferida a la dignidad de clase determinada del Estado encuentra justificación en la protección que merece el ejercicio de dicha libertad (...), aunque la opinión emitida merezca los calificativos de acerba, inexacta e injusta” (FD 3º).

En el mismo sentido se orienta la STC 121/1989, que resalta que la “dimensión más débil” no significa vaciar de contenido un precepto penal o cuestionar su constitucionalidad, sino

³¹ *Op. cit.* nota 2, pp. 109-110.

³² Sobre la quema de bandera, la STS 1112/1996, de 26 de diciembre establece que: “determinadas expresiones o actos son de tal modo insultantes o agraviantes que el ánimo de injuriar se encuentra ínsito en ellas”.

que existe una necesidad al aplicar el mismo de dejar un amplio espacio a la libertad de expresión³³.

Por tanto, podría apelarse a un sentimiento colectivo, a un tipo de orden público y paz social y al prestigio de las instituciones. Hay quien defiende que la nación y los elementos que la simbolizan cuentan con un marcado componente afectivo, lo que haría de esta ofensa una de tipo mediato que no se dirige directamente contra los individuos, sino contra instituciones y símbolos con los que estos mantienen un vínculo estrecho³⁴. Siguiendo las palabras de Téllez Aguilera; se daña el honor personal de aquellos que están inmersos en una colectividad que, aunque por sí misma no tiene honor, los ataques dirigidos a ella trascienden a las personas que la integran³⁵.

Pero a pesar de que la concepción personalista del honor que se contempla en el art. 10.1 CE (la cual es contraria a atribuir cualidades personales a los entes supraindividuales o a las instituciones), no se puede negar que las conductas tipificadas por el texto penal están dirigidas contra una realidad (o su símbolo) con el que los individuos mantienen una conexión, pudiéndose entender aquí que existe también una libertad ideológica necesitada de tutela, la cual se concretaría en ese sentimiento de pertenencia a una comunidad, el cual se vería denigrado por el ultraje a la misma o sus símbolos.

Ahora bien, si seguimos esta justificación, sería difícil comprender la atipicidad del ultraje realizado contra una comunidad extranjera con la que un individuo pueda sentirse identificado (por ejemplo, ultrajes a Portugal); o contra otra legalmente reconocida, pero que no coincida ni con España ni con una de sus Comunidades Autónomas (puede ser una provincia, una comarca, una isla, etc.), o incluso con una comunidad que no esté reconocida por el ordenamiento jurídico español (el País Leonés o *Euskalherria*). Sobra decir que tampoco quedan comprendidas las ofensas contra los símbolos no oficiales (una bandera extranjera o una estelada) o, incluso, contra la denegación de esa pertenencia (como es el caso de los apátridas)³⁶.

En conclusión, parece que el art. 543 CP se centra en proteger únicamente el modelo de organización territorial actualmente vigente en nuestro país, castigando a aquellos que lo

³³ CARMONA SALGADO, C. (1991), *Libertad de expresión e información y sus límites*, Instituto de Criminología de Madrid y EDERSA, Madrid, pp. 155 – 163.

³⁴ *Op. cit.* nota 2, pp. 110-111.

³⁵ TÉLLEZ AGUILERA, A. (1994). “Los ultrajes a España: visión crítica de un delito”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1719, p. 90.

³⁶ *Op. cit.* nota 10, p. 383.

cuestionan (lo que, a ojos de Llabrés Fuster³⁷, compromete el pluralismo político). Esto no ocurre por ejemplo en los delitos contra los sentimientos religiosos, los cuales penalizan los ataques contra cualquiera de las confesiones o, incluso, contra aquellos que no profesen ninguna, pues no aboga por unas determinadas opciones (como en el caso del delito de ultrajes, que serían la identificación con España y una C.A.), pretiriendo otras realidades con las que los ciudadanos puedan sentirse igualmente identificados y cuya vejación puede causar el mismo efecto negativo mediato. Esta concepción parece no compadecer en absoluto con el principio de igualdad³⁸.

Por supuesto, hay que señalar que existe una corriente doctrinal que rechaza la existencia de un bien jurídico penal en el delito de ultraje³⁹.

No podemos olvidar que, según la doctrina mayoritaria, estamos ante un precepto de dudosa constitucionalidad por ser difícilmente compatible con las libertades ideológica y de expresión. Esto se basa en que, por norma general, las conductas que aquí se contemplan discurrirán por el cauce de la legítima manifestación de las opiniones políticas⁴⁰. Con acierto se ha definido este delito como un “anacrónico vestigio de un Derecho penal político más propio de épocas no democráticas” o, como dice Cancio Meliá, un “cuerpo extraño en un Estado como el español de la actualidad”⁴¹.

2.3.3. Causas de justificación

En la medida en que el comportamiento suponga la manifestación de una posición ideológica legítima, debería tomarse en consideración una posible justificación de las conductas. Cuando se pondera el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad ideológica o de expresión y el “honor⁴²” de un sujeto plural, debería resolverse en la mayor parte de los casos de manera favorable a la licitud de la conducta (aunque contra esta idea se han pronunciado expresamente tanto la doctrina, con autores como Benlloch Petit, como la jurisprudencia; SAP Girona, 2ª, 754/2005, de 29 de julio).

Ciertamente, la práctica totalidad de casos de ultraje a los símbolos se producen en manifestaciones de una opinión política divergente de aquella a la que estos representan. Si de acuerdo con el art. 1 de la Ley 39/1981 la bandera “simboliza la nación, es signo de

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 381.

³⁹ En esta línea, Santana Vega.

⁴⁰ En este sentido se han manifestado penalistas como Carbonell Mateu y Vives Antón (1996); Portilla Contreras (1997) y Muñoz Conde (2009).

⁴¹ *Op. cit.* nota 10, p. 381.

⁴² En el sentido de honor mediato.

soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución”, ultrajarla no significaría otra cosa que una crítica a lo representado, es decir; la expresión de una posición divergente, si bien esta se lleva a cabo de una manera “tan impactante como comunicativamente eficaz en una sociedad mediática como la de nuestros días”⁴³.

Tampoco hay que olvidar lo establecido por la jurisprudencia europea en cuanto al ejercicio de la libertad de expresión en el contexto del debate político. La STEDH en el asunto Otegi Mondragón c. España (núm. 2304/07, 15-3-2011) se pronunció diciendo que esta libertad “ampara no sólo la información o las ideas recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que ofenden, chocan o perturban” y que, además, en el ámbito del debate y del discurso político “la libertad de expresión reviste la más alta importancia”.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE ULTRAJES A ESPAÑA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Para encontrar el origen de este precepto debemos remontarnos a la Ley de 23 de marzo de 1906 “sobre represión de los delitos contra la Patria y el Ejército”, más conocida como Ley de Jurisdicciones, que disponía:

“Los que de palabra, por escrito, por medio de la prensa, estampas, alegorías, caricaturas o alusiones, insulten o menosprecien las banderas, símbolos, emblemas o representaciones de la Patria, o hagan ostentación de otra o dieran muerte a España o realizasen manifestaciones de cualquier clase contra los himnos nacionales, serán castigados con la pena de presidio correccional”.

Esta Ley vio la luz bajo la presión del Ejército y en un contexto de crisis del “sentimiento nacional español”, cuando el desarrollo de los nacionalismos del País Vasco y Galicia se veía con recelo y cierta hostilidad.

Más tarde, este delito se incorpora al Código Penal de 1928, en su artículo 231; desapareciendo cuatro años más tarde con el Código penal republicano de 1932, y reapareciendo en 1941 de la mano de la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo. También se incluye en el Código penal de la posguerra civil (1944) y, bajo el régimen franquista, en 1967, se incorpora además la referencia a la “forma política”, como

⁴³ *Op. cit.* nota 10, pp. 395-396.

mecanismo de defensa del régimen dictatorial contra cualquier forma de disidencia. Con Franco, el precepto quedó redactado de la siguiente manera:

“Los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o a su forma política, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor; y si tuvieran lugar con publicidad, con la de prisión mayor”.

El siguiente Código penal, el de 1973, mantuvo esta regulación, incluso después de aprobarse la Constitución de 1978, modificándose posteriormente por la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y de otras banderas o enseñas, de nuevo bajo la presión militar y en un contexto de eclosión terrorista. El artículo décimo de esta Ley agravaba los ultrajes a la bandera española, presumiendo su publicidad, mientras que reducía la pena de los ultrajes a las banderas de las CC.AA.

Los apartados segundo y tercero de este artículo, al imponer restricciones de derechos fundamentales y no tener el rango de Ley orgánica fueron declarados inconstitucionales por la STC 118/1992, de 16 de septiembre (apartado 3) y STC 119/1992, de 18 de septiembre (apartado 2).

Finalmente, el actual Código penal de 1995 mantiene el delito de ultrajes, aunque habiéndolo sometido a un recorte punitivo en relación con la regulación anterior, pues ya no es considerado un delito de traición, se protege de igual forma al Estado y a las Comunidades Autónomas, se exige en todo caso la publicidad, se suprimen las referencias anteriores a la forma política y al sentimiento de unidad, se sustituye el término “Nación española” por “España” y se sustituye la pena de prisión por pena de multa⁴⁴.

Aunque no se recogería finalmente en el proyecto definitivo de la vigente LO 4/2015, de 30 de marzo, el anteproyecto de Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana contemplaba en su art. 35.2 como infracción grave (a la que correspondía una multa de 1.001 a 30.000 euros) el ofender o ultrajar “a España, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales o sus instituciones, símbolos o emblemas, efectuadas por cualquier medio, cuando no sean constitutivas de delito”. Esto conllevaba una gran extensión de las conductas típicas, pues contemplaba también los ultrajes realizados contra los municipios y los realizados por cualquier medio, lo que suponía una supresión del requisito de publicidad. Además, llama la atención el hecho de que, a pesar de encuadrarse en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la sanción (multa) podría acabar siendo

⁴⁴ SANTANA VEGA, D. M. (2009). “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas ¿Protege algún bien jurídico-penal?”, *Cuadernos de Política Criminal*, 99, pp. 36-38.

sensiblemente mayor que la contemplada en el art. 543 CP. Todo esto sin contar, evidentemente, los problemas *de bis in idem* que podrían haberse producido en caso de haber visto finalmente la luz esta redacción⁴⁵.

3.1. La doctrina

3.1.1. La postura doctrinal sobre la derogación del tipo penal

Históricamente, y a pesar de reconocerse que las personas jurídicas o colectivos no gozan directamente de un derecho al honor (sólo se acepta la “representación procesal por sustitución”, de la que pueden disponer ciertas personas físicas que estén estrechamente vinculadas a estos colectivos y puedan sentirse indirectamente afectadas en su honor personal como consecuencia de las críticas realizadas contra estos), el legislador nacional ha hecho caso omiso a la constante solicitud de la doctrina mayoritaria de despenalizar las conductas que, supuestamente, atentan contra un pretendido derecho al honor de instituciones y organismos de la Nación (y sus respectivos símbolos), dotándolas además de una privilegiada tutela.

A estos entes del Estado los ciudadanos les debemos, como mucho, respeto y reconocimiento, debido al papel que se supone que deben desempeñar para el correcto funcionamiento de nuestro sistema democrático, pero nada más. Si además pierden esta confianza a través de su gestión, menos sentido tiene aún la permanencia de esta tutela en el Código Penal. Se les está otorgando una diferencia de trato ilógica e injustificada, pues son considerados legítimos destinatarios de una protección extraordinaria de su presunto derecho al honor frente a la protección que recibe la ciudadanía (que sí es titular de un verdadero derecho al honor) en los arts. 205 y ss. CP⁴⁶.

Si ya es cuestionable la permanencia en nuestro Código Penal de los delitos de calumnias o injurias contra determinadas instituciones estatales, mucho más lo es la vigencia de la figura delictiva prevista en el art. 543 CP. Si bien estos actos pueden ser calificados como vejatorios, innecesarios, irrespetuosos o incívicos dentro de un sistema democrático y teniendo en cuenta que, ciertamente, pueden afectar de manera negativa a los sentimientos o a la sensibilidad de determinados individuos, hay algo que no podemos olvidar: un sistema democrático debe desarrollarse en un clima en el que la crítica institucional o social pueda ejercerse libremente, donde los ciudadanos, independientemente de su ideología

⁴⁵ *Op. cit.* nota 10, p. 392.

⁴⁶ CARMONA SALGADO, C. (2016). “A vueltas con las propuestas despenalizadoras de ciertas conductas contra determinadas instituciones públicas, organismos de la nación, emblemas y símbolos”, *Cuadernos de Política Criminal*, 119, p. 19.

puedan ejercitar su derecho a la libertad de expresión y que este tipo de comportamientos, actualmente penados, no tienen la entidad necesaria para ser calificados como atentatorios a un bien jurídico penal susceptible de tutela por la vía del Código Penal, por muy desdeñables que puedan resultar para un sector de la población (y aunque este sea numéricamente muy representativo)⁴⁷.

La doctrina penalista cuestiona este art. 543 CP por la dificultad que existe para determinar qué bien jurídico penal es el que se está protegiendo (en el pasado, con la Ley de Jurisdicciones de 1906, se entendía que era el “honor nacional”). Esto se debe a que, para que un bien jurídico sea merecedor de tutela penal, hay que demostrar que es merecedor de esta protección por su importancia social, lo cual no queda constatado en este caso (parte de la población española muestra indiferencia, o incluso rechazo, ante los símbolos nacionales)⁴⁸.

Acudir al *ius puniendi* para castigar este tipo de comportamientos, exteriorizados por una parte de la población que se muestra disidente con lo que esos símbolos (banderas, escudos o himnos) representan y que en definitiva no deja de ser una crítica contra la existencia de determinadas instituciones o su funcionamiento, no es, tal y como defiende Carmona, una respuesta ni adecuada ni eficaz, por lo que aboga por una pronta derogación de este tipo penal⁴⁹.

En la misma línea doctrinal nos encontramos con la Propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión realizada por el Grupo de Estudios de Política Criminal en 2019. Esta propuesta se basa principalmente en que, debido a la libertad de expresión, sólo deberían subsistir aquellas limitaciones penales a la misma que superasen una estricta prueba de proporcionalidad, legalidad y lesividad, basado en el principio de intervención mínima. Siguiendo este parámetro, proponen como norma general la despenalización de todas las injurias y la pervivencia, muy matizada, de las calumnias.

En lo que al art. 543 CP se refiere, su propuesta es la supresión. Justifican esta idea en que, doctrinalmente, por ultraje se entiende injuria grave. Como hemos dicho, partimos de una propuesta de despenalización total de las injurias, incluidas las graves, a lo que habría que sumar su nula lesividad y su claro choque con derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Este artículo sanciona un tipo de conducta, unas declaraciones o actos que no

⁴⁷ *Ibidem* pp. 36-37.

⁴⁸ TRONCOSO, A. (2018). “Artículo 4º”, en P. PÉREZ TREMPES y A. SÁIZ ARNÁIZ (dirs.), *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 152 y 153.

⁴⁹ *Op. cit.* nota 46, p. 38.

sólo no cuentan con la ofensividad necesaria (no amenazan, no tienen efectos lesivos sobre otros sujetos y no incitan a la comisión de otros delitos), sino que lo que hacen es una crítica, cuestionar el modelo constitucional vigente, algo que queda protegido por el mismo modelo constitucional, pues como hemos señalado insistentemente, el pluralismo ideológico, el debate y la crítica son las claves de un Estado constitucional⁵⁰.

3.1.2. Proposición de Ley para la despenalización de las injurias a la Corona y los ultrajes a España (2022).

Como ya hemos tenido ocasión de analizar, la doctrina entiende como obsoleta la actual regulación del Código Penal en lo referido a los delitos de expresión, y la sede parlamentaria ya ha abordado la modificación o supresión de estos tipos penales. En mayo del año 2022 se adoptó en el Senado la Proposición de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con la intención de despenalizar los delitos de ultrajes a España e injurias a la Corona. El 10 de junio, la Mesa del Congreso la remitió a la Comisión de Justicia para que se abriese el plazo de presentación de enmiendas, continuando posteriormente su debate en la Cámara Baja. El día 29 de septiembre se sometieron a debate y votación las enmiendas a la totalidad propuestas por el Partido Popular, VOX y Ciudadanos. Ya en los debates se manejaron los argumentos que ya hemos mencionado de la doctrina sobre el carácter obsoleto de estos preceptos y sobre la necesidad de que prevalezca la libertad de expresión⁵¹.

El Partido Socialista, que se mostraba favorable a la despenalización, rechazó las enmiendas a la totalidad, sin perjuicio de las enmiendas concretas que se pudiesen presentar. Como expuso el portavoz del PSOE en el Congreso: “para adaptar nuestro Código Penal en materia de injurias a lo que nos ha pedido Europa desde hace tiempo”.

Por su parte, el PP optaba por mantener la redacción del precepto tal cual estaba, sin introducir modificaciones; mientras que VOX proponía un endurecimiento de las penas. En lo relativo al art. 543 CP, esta formación de extrema derecha propuso modificarlo para penar las ofensas o ultrajes “de palabra, por escrito o de hecho” a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, siempre que sean efectuados con publicidad, con multa de 12 a 24 meses.

En la exposición de motivos de la Proposición se hace referencia a la libertad de expresión como derecho fundamental, y se señala que “el Estado español debe superar estas censuras

⁵⁰ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2019), *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 21 y 32.

⁵¹ *Op. cit.* nota 5, pp. 191 – 192.

que tipifican como delitos la quema de banderas o la injuria a la Corona desde un concepto de sacralización de la imagen del rey y de su familia”, y toma como referencia el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, teniendo en cuenta que: “el Estado español debe evitar cualquier nueva violación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pues de producirse esta se expone a ser nuevamente condenado por el TEDH. Por ello, está compelido a adecuar su legislación a las exigencias del Convenio”.

Además de esta Proposición, ya hubo en el pasado otros dos intentos de suprimir estos delitos. El primero en 2020 por una propuesta del Grupo Parlamentario Republicano, presentada por ERC, que registró en septiembre una proposición en el Congreso de los Diputados que perseguía la misma finalidad. El Pleno rechazó su toma en consideración con los votos en contra del PSOE, PP, Ciudadanos, VOX, Coalición Canaria, Foro Asturias, PRC y los diputados de UPN.

Un año después, en junio de 2021 fue el turno de Unidas Podemos, que en este caso sí consiguió sacar el trámite adelante con el apoyo del PSOE, ERC, EH Bildu, PNV, Compromís, JxCat, la CUP, BNG, Más País, Nueva Canarias, PDeCAT y Teruel Existe. Esta proposición contiene la derogación de cinco tipos penales relacionados con la libertad de expresión, entre ellos el art. 543 CP. Actualmente, la tramitación se encuentra congelada y sin expectativas de seguir tramitándose.

3.2. La jurisprudencia ordinaria

La presencia en el Código Penal de algunos delitos de expresión que tienen un contenido abierto e impreciso suponen un riesgo para el ejercicio de esta libertad. Esta formulación genérica hace esencial el papel de los jueces y tribunales, que deben comprobar la aplicación de este precepto bajo unos parámetros estables, comunes y respetuosos con la relevancia que tiene un derecho fundamental. La experiencia española nos muestra que la realidad de nuestros tribunales es completamente distinta, pues no existen unas líneas estables y previsibles y se ve una tendencia a restringir el ámbito de actuación de la libertad de expresión en la mayoría de los casos. Esto hace que el papel que se le da al Derecho penal contradiga su carácter de *ultima ratio*.

En lo que a libertad de expresión se refiere, el año 2020 fue fundamental para la jurisprudencia española. Sobre todo, por la interpretación que de este derecho realiza el

Tribunal Constitucional, pues comenzó el año construyendo una forma de entender la libertad de expresión sobre unas bases muy alejadas de la idea final que nos mostró.

Para analizar esta evolución haremos referencia a tres sentencias fundamentales que, si bien dos de ellas no están relacionadas con el delito de ultrajes a España, sí lo están con la interpretación del derecho a la libertad de expresión.

En primer lugar, tenemos la STC 35/2020, de 25 de febrero, relativa al denominado *caso Strawberry*. En este caso, se juzgaba al cantante y compositor César Strawberry por unos tuits en los que, presuntamente, legitimaba el terrorismo y humillaba a las víctimas, constituyendo un delito de enaltecimiento del terrorismo castigado en el art. 578 CP.

La Audiencia Nacional había absuelto al cantante (SAN 20/2016, de 18 de julio) tras examinar el contexto en el que se produjeron los hechos: la trayectoria del acusado, desligada completamente del terrorismo, la intención de los tuits (para la AN no existía una voluntad real de humillar a las víctimas o de promover actividades terroristas) y su condición de artista, pues para la Audiencia, en el arte los límites de lo correcto son difusos, ya que el artista busca con frecuencia provocar mediante el lenguaje, que es su herramienta.

Posteriormente, el Tribunal Supremo lo condenó en su STS 4/2017, de 18 de enero, prescindiendo completamente de este examen de contexto e intención. Para el Tribunal, el dolo del art. 578 CP no precisa de una intención determinada, es suficiente con que el artista sea consciente del contenido de sus mensajes y sus implicaciones.

El acusado recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, que resolvió en la ya mencionada STC 35/2020 en el mismo sentido que la Audiencia. Argumentó que a la hora de aplicar límites penales sobre la libertad de expresión hay que respetar el principio de proporcionalidad, sin olvidar además el efecto de desaliento que puede generar el acudir al *ius puniendi*. No se puede imponer una pena en aquellos supuestos en los que entra en juego la libertad de expresión sin antes realizar un minucioso examen de las circunstancias que concurren en cada caso concreto, cosa que no hizo el Tribunal Supremo. Por todo esto, el TC concedió el amparo y revocó la sentencia del TS⁵².

Puede parecer que de esta resolución podemos extraer una conclusión esperanzadora para la libertad de expresión, pues el TC considera necesario exigir a los jueces que examinen con detenimiento el contexto y circunstancias del caso concreto, valorando si es

⁵² CABELLOS, M. A. (2021). “Un paso adelante y dos atrás: la cambiante jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional sobre libertad de expresión”, *Revista Catalana de Dret Públic* [blog], 19-5-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3dS6H7s> (Consultado el 26 de abril de 2023).

proporcional recurrir al Derecho penal en una sociedad democrática sensible con la importancia de la libertad de expresión o si, por el contrario, se generaría un efecto de desaliento frente al futuro ejercicio del derecho por parte de la población. A pesar de estos positivos indicios, ha sido el mismo TC el encargado de lanzar por la borda sus propios criterios a través de dos sentencias dictadas a finales de 2020: la STC 190/2020, de 15 de diciembre (relativa al delito de ultrajes a España, que analizamos profundamente en este trabajo) y la STC 192/2020 (relativa a un delito contra los sentimientos religiosos). En ambos casos, el Tribunal deniega el amparo (eso sí, con 5 y 3 votos particulares, respectivamente).

Sobre el caso Fragoso haremos un mínimo apunte en este apartado, pues ya se desarrolla con más exhaustividad en otras partes del trabajo, pero es necesario hacer algún apunte para poder apreciar este cambio de dirección del Tribunal. En este caso, el Ministerio Fiscal que había ejercido la acusación en la vía ordinaria, pasa a solicitar la estimación del amparo basándose en las mismas exigencias que el TC exponía en su STC 35/2020. Los argumentos de la Fiscalía fueron completamente desoídos por el Tribunal (como bien señala el magistrado Ollero en su voto particular), que fundó su decisión desde una posición subjetiva, sin un análisis serio de las circunstancias concurrentes ni de la proporcionalidad de la medida.

En el tercer caso, la Audiencia Provincial de Girona condenó al promotor de una protesta, que irrumpió en una misa para realizar proclamas contra la reforma de la Ley del aborto anunciada por el entonces ministro de justicia, Ruiz Gallardón; por un delito contra los sentimientos religiosos, tipificado en el art. 523 CP. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, por lo que el acusado recurrió en amparo ante el Constitucional. Cabe señalar que en este caso el Ministerio Fiscal también pasa de la acusación a la defensa, alegando una vulneración de la libertad de expresión (además de la ideológica), y considerando desproporcionado el haber acudido a la vía penal (pues fue una interrupción muy breve que tenía como objeto una protesta contra la reforma de la Ley del aborto, en cuyo debate participó la Conferencia Episcopal). El Tribunal no entró a valorar tampoco ninguno de estos argumentos, se limitó a indicar que un acto religioso no es un lugar abierto al intercambio de ideas⁵³.

Por tanto, podemos concluir que el Tribunal ha olvidado la necesidad que él mismo implantó de realizar un análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso,

⁵³ *Ibidem*.

provocando un efecto de desaliento alrededor del ejercicio de la libertad de expresión, pues el mensaje que se infiere es que la actuación de los tribunales en esta materia es imprevisible (el propio TC cambia de orientación dentro del mismo año).

Al igual que ocurre con la bandera, el himno nacional es también un símbolo inmaterial y cultural, pero con un gran valor identitario. Históricamente, los himnos se han empleado como instrumento de movilización o incluso exaltación de las masas al servicio de una causa o régimen político. Algunos ejemplos los encontramos en la *Giovinezza*⁵⁴ de la Italia fascista, el *Cara al Sol*⁵⁵, himno de la Falange española; la *Internacional*⁵⁶ socialista o *Le Chant des partisans*⁵⁷.

A pesar de que una parte minoritaria de la doctrina considere que el himno no puede ser objeto del delito de ultrajes, nuestra jurisprudencia ya ha consolidado la idea opuesta, condenando comportamientos bajo este tipo penal.

En este sentido se registra un caso muy mediático. En la final de la Copa del Rey de fútbol de la temporada 2008/2009 que se disputó en el estadio de Mestalla (Valencia), las aficiones del F.C. Barcelona y del Athletic Club de Bilbao protagonizaron una sonora pitada al himno nacional, haciéndolo inaudible. En este caso, la acción penal no fue admitida, pues el juez entendió que la pitada estaba amparada por la libertad de expresión y no era susceptible de considerarse como una conducta difamatoria o injuriosa, y menos aún como forma de incitar al odio nacional.

Este mismo hecho se ha repetido con posterioridad en otras finales entre los mismos equipos, en las temporadas 2011/2012 y 2014/2015, celebradas en los estadios Vicente Calderón (Madrid) y Camp Nou (Barcelona), respectivamente. Por lo ocurrido en 2015 sí fue inicialmente condenado un empresario catalán que había publicado en redes sociales un manifiesto que instaba a pitar al himno y al rey, aunque finalmente fue absuelto. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional entendió que el texto no contenía expresiones injuriosas o insultantes que implicasen un ataque al monarca o a la institución que encarna. Únicamente trataba de aprovechar un evento al que acudía para mostrar su desacuerdo, eso sí, de forma incívica y con una falta de educación manifiesta.

⁵⁴ Himno del cuerpo de élite del Ejército italiano durante la Primera Guerra Mundial, que posteriormente fue adoptado por Mussolini como un símbolo emblemático del fascismo.

⁵⁵ El Cara al Sol fue compuesto en el año 1935 y cantado por primera vez como el himno oficial de la Falange en 1936. En la letra participaron varios falangistas, como el propio José Antonio Primo de Rivera, que sobre el himno decía: “nuestro himno debe ser una canción alegre, exenta de odio, pero a la vez de guerra y amor”.

⁵⁶ Fue el himno de la Unión Soviética, cuya letra fue compuesta por un poeta francés afiliado a la Primera Internacional y miembro de la Comuna de París.

⁵⁷ Se convirtió en el himno de la resistencia francesa, y tal fue su significado que fue empleado también en otros países como España como símbolo de la lucha contra el fascismo.

También se ha producido una pitada al himno en otros eventos deportivos, como las últimas ediciones del Gran Premio de Motociclismo celebradas en el circuito de Montmeló.

4. EL DELITO DE ULTRAJES A LOS SÍMBOLOS NACIONALES EN EL DERECHO COMPARADO

Los símbolos, por su carácter representativo de una cierta comunidad política, contribuyen a la integración de la misma, reforzando los sentimientos de unidad, pertenencia y cohesión del grupo. Es por esto que “ocupan un lugar central en la construcción de las naciones”⁵⁸, porque representan sus valores comunes, llegando a sacralizarse como objetos de culto⁵⁹. Por tanto, es necesario otorgarles una cierta protección frente a determinadas agresiones que puedan menoscabar su integridad, de ahí que muchos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, incluido el propio, contemplen una sanción penal para hacer frente a estas ofensas.

El ultraje a la bandera y otros símbolos se tipifica en la mayoría de ordenamientos nacionales, incluso con sanciones más graves que la prevista por el legislador español. Así encontramos esta figura penal en países europeos como Alemania, Austria, Francia, Grecia, Italia, Portugal o Rusia; o en países americanos como pueden ser Argentina y México. Los supuestos más graves contemplan penas privativas de libertad (Alemania y Suiza, hasta tres años; Grecia, hasta dos años, y Argentina de uno a cuatro años), si bien es cierto que no suelen imponerse penas por este delito.

A pesar de esta tipificación general, también existen excepciones de mucha relevancia, como es el caso de los Estados Unidos, Canadá, Australia, Reino Unido o Bélgica. Estos países no castigan la profanación de sus símbolos, si bien pueden perseguir a aquellas personas que cometan el ultraje provocando desórdenes públicos⁶⁰.

4.1. La resistencia de los países anglosajones, en particular, Estados Unidos.

En EE. UU., el Tribunal Supremo ha considerado que el acto de quemar la bandera o cualquier otro símbolo constituye una manifestación de la libertad de expresión, protegida por la Primera enmienda de la Constitución norteamericana. Esto estableció en el caso

⁵⁸ MORENO LUZÓN, J. (2014). *Cuidado con los símbolos*. El País, 9-1-2014. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2014/01/02/opinion/1388659346_129752.html (Consultado el 29 de marzo de 2023).

⁵⁹ BILBAO UBILLOS, J. M^a. (2022). “La protección penal de los símbolos nacionales. El delito de ultraje a la bandera”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 126, p. 15.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 15-16.

Texas v. Johnson, de 1989, donde el Tribunal confirmó la anulación que había llevado a cabo el Tribunal de apelaciones de Texas de la condena de un año de prisión y de una multa de dos mil dólares, impuesta a Gregory Lee Johnson.

Johnson era miembro de la Brigada de la juventud comunista revolucionaria, y en 1984 quemó la bandera de barras y estrellas⁶¹ en el centro de convenciones de Dallas, en el cual se estaba celebrando la convención del partido republicano con motivo de la nominación de Ronald Reagan y George W. Bush para su reelección como presidente y vicepresidente del país, respectivamente. Se le condenó por un delito de ultrajes del Código Penal tejano.

En su exposición, el Tribunal Supremo norteamericano estableció que por muy ofensivo que pudiese resultar el ultraje a la bandera, “el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad considere la idea en sí ofensiva o desagradable”⁶². Como ya venía estableciendo la jurisprudencia americana, no corresponde a las autoridades de un país democrático determinar el sentido que deben tener las expresiones de sus habitantes o el diferenciarlas en función de su contenido. No se puede criminalizar la expresión de una idea sólo porque resulte ofensiva o desagradable para una determinada parte de la sociedad, y para la bandera no existe una excepción.

Así lo expresó el magistrado Brennan, secundado por sus compañeros Scalia y Kennedy, los cuales recuerdan que la Primera enmienda también protege las conductas expresivas mediante las cuales se intenta transmitir un mensaje reconocible por el público al que se dirige (misma tesis defendida en casos previos, por la negativa a saludar a la bandera, la quema de la cartilla militar o la exhibición de brazaletes negros)⁶³.

También aprovecha la sentencia para negar expresamente la idea de que la quema constituye una incitación a los desórdenes públicos per se (pues es un argumento que se utiliza frecuentemente para defender la constitucionalidad de su incriminación), resaltando que ya existe una figura penal autónoma para ese delito⁶⁴. En este caso, las palabras

⁶¹ Mientras varios compañeros de partido coreaban consignas en contra de la Administración de Reagan, de su partido y de Estados Unidos en general.

⁶² Sobre este aspecto ya se pronunció la Corte en el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943), y rescata algunos aspectos de la solución aplicables al caso Johnson. El derecho a discrepar, garantizado por la Constitución, incluye el derecho a expresar la propia opinión sobre la bandera nacional y apostar por esta tolerancia no provoca ningún riesgo de desintegración del orden social. “El Gobierno no puede obligar a nadie a manifestar su respeto hacia la bandera, forzando a las personas a expresar aquello que en realidad no piensan, no creen o no sienten. Las expresiones de patriotismo deben ser voluntarias y espontáneas (...) Se comienza eliminando de forma coercitiva la disidencia y se acaba exterminando a los disidentes”.

⁶³ *Op. cit.* nota 59, pp. 21-22.

⁶⁴ *Op. cit.* nota 10, pp. 396-397.

pronunciadas por Johnson no se pueden calificar de *fighting words* (“palabras de lucha”), las cuales crean un riesgo inminente de disturbios o violencia⁶⁵.

El fallo de este caso desencadenó la anulación de las leyes análogas en 48 de los 50 estados. Ese mismo año, el Congreso de los EE.UU. aprobó una ley federal de protección de banderas (Flag Protection Act), la cual daba un paso atrás y volvía a castigar dicho comportamiento. Esta Ley fue declarada inconstitucional (US v. Eichmann, 1990), de nuevo, por los mismos jueces. Desde el año 1995, las sucesivas Cámaras (legislaturas 104, 105 y 106) han intentado introducir enmiendas a la Constitución para permitir a los distintos estados castigar la profanación de la bandera estadounidense (hasta en seis ocasiones), pero nunca se ha logrado la mayoría parlamentaria necesaria. En junio del año 2006, en el intento más reciente, sólo faltó un voto del Senado para lograr su aprobación⁶⁶.

En el mismo sentido encontramos la STEDH Murat Vural c. Turquía (núm. 2540/07), donde se señala que el art. 10 del CEDH protege no sólo las ideas objeto de expresión, sino también la forma en que estas se plasman, señalando que se comprende expresamente la realización de cualquier conducta apta para manifestar ideas u opiniones⁶⁷.

EE.UU. no es el único país anglosajón que sigue esta tendencia, pues en Australia la profanación de la bandera no es constitutiva de delito, aunque ha habido diversos intentos de aprobar leyes que declarasen ilegal la quema de bandera (2003, 2006 y 2008, todos ellos fracasaron). En el año 2015, después de que unos defensores de los pueblos aborígenes que denunciaban el genocidio cometido por parte de la población de ascendencia europea quemasen una bandera nacional (hecho que fue muy difundido por los medios de comunicación y provocó el malestar de muchas personas), un diputado⁶⁸ presentó un proyecto de Ley de Protección de las banderas australianas, que fue rechazado por el Parlamento. Este proyecto pretendía tipificar la destrucción o profanación de la bandera nacional de forma deliberada, cuando pudiese deducirse, atendiendo a las circunstancias, que la intención fuese mostrar públicamente el desprecio por la nación australiana o su bandera. La exposición de motivos hace mención al gran apoyo popular que tenía esta iniciativa, recordando a los australianos que han luchado y muerto por defender la nación

⁶⁵ Como ya se estableció en *Brandenburg v. Ohio* (1969), no cabe presumir que toda manifestación provocadora incita al desorden.

⁶⁶ *Op. cit.* nota 59, pp. 23-24.

⁶⁷ *Op. cit.* nota 10, p. 397.

⁶⁸ El diputado Christensen entendía que el ya mencionado incidente fue un ataque llevado a cabo con la intención de ofender, pues los defensores de los aborígenes sabían que su actuación provocaría la indignación de los australianos patriotas. Para él, la sección 18C de la *Racial Discrimination Act* debería aplicarse a todos por igual y no sólo proteger las minorías nacionales, dejando fuera a los australianos de ascendencia europea.

bajo esa bandera. Concluye la exposición diciendo que quemar una bandera no es expresarse *-burning a flag is not speaking*⁶⁹.

4.2. Francia

El Código Penal francés contempla en su art. 433.5.1 el ultraje público al himno nacional o a la bandera. Este tipo se introdujo en el año 2003 como consecuencia de unos silbidos que se escucharon en un partido amistoso de fútbol entre Francia y Argelia mientras sonaba La Marsellesa. La pitada se repitió en el año 2008 durante otro partido amistoso, esta vez proferidos por la afición de la selección de Túnez. Fue entonces cuando se incorporó al ya existente art. 433.5 CPF un apartado que castigaba con multa de 7.5000 euros la ofensa o ultraje al himno o a la tricolor en el transcurso de una manifestación organizada o regulada por las autoridades públicas. Si la conducta se produjese en grupo, la sanción podría conllevar, además de la multa, una pena de seis meses de privación de libertad.

En el año 2010, en julio, se volvió a modificar la represión de este tipo de conductas, tipificando como un nuevo delito el desprecio a la bandera nacional. Se castiga con multa la destrucción, deterioro o el empleo de la bandera de forma degradante en un lugar público (o abierto al público), así como la difusión de las imágenes de la conducta, aunque se hubiese realizado en el ámbito privado.

Esta última modificación surgió como reacción a la publicación de una fotografía, premiada en marzo de 2010 por la FNAC de Niza en un concurso sobre lo políticamente incorrecto. La imagen, que se difundió por las redes sociales, mostraba a un hombre usando la bandera tricolor como papel higiénico. La denuncia presentada contra aquella imagen no tuvo éxito, pues la legislación vigente sólo castigaba este tipo de conductas cuando se produjesen en eventos públicos. La exposición de motivos de la ley que introdujo este nuevo tipo penal se refirió expresamente a este hecho, manifestando la humillación que supuso el ataque a uno de los símbolos de la República francesa⁷⁰.

4.3. Italia

En Italia, su Código Penal dedica los arts. 291 (vilipendio a la nación italiana) y 292 (vilipendio a la bandera u otro símbolo del Estado) a este tipo de conductas. Las ofensas a los símbolos nacionales se castigan con multa de 1.000 a 5.000 euros, pudiendo llegar a los 10.000 euros si se cometen en el contexto de un acto público o ceremonia oficial. Incluso

⁶⁹ *Op. cit.* nota 59, p. 24.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 16.

podría llegar a acarrear pena de prisión de hasta dos años a quien destruya o deteriore intencionada y públicamente la bandera nacional u otro emblema del Estado.

En Italia, estos símbolos son bienes constitucionalmente protegidos a pesar de la crítica de una parte de la doctrina, y se exige su tutela porque representan el sentimiento nacional y el prestigio del Estado, sus instituciones y emblemas. Vilipendiar va más allá de una dura crítica contra una institución, es una muestra de desprecio y un comportamiento gratuitamente ofensivo que busca negar el valor de lo que ese símbolo representa. De nuevo, es necesario hacer hincapié en que las condenas por este delito son escasas y es un tipo que no suele aplicarse.

El caso más mediático fue el protagonizado por Umberto Bossi, exlíder de la Liga Norte. Un tribunal de Como lo condenó a un año y cuatro meses de prisión por vilipendiar la bandera italiana y por realizar comentarios de desprecio (“la bandera tricolor sólo la utilizo para limpiarme el culo”) hacia la misma en una fiesta de su partido, delante de cientos de personas. El tribunal entendió que “es indiscutible el significado fuertemente ofensivo y la connotación manifiestamente despreciativa de las expresiones utilizadas por el imputado”⁷¹.

Posteriormente, en el año 2014, un tribunal de Bolzano condenó a tres líderes de un movimiento secesionario del Tirol del Sur a una multa de 3.000 euros a cada uno por haber vilipendiado la bandera italiana. Los condenados difundieron en 2010 unos panfletos en alemán en los que se mostraba una escoba arrastrando la bandera italiana como “basura” para dejar espacio a la del Tirol⁷².

La jurisprudencia italiana ha insistido en la exigencia del dolo como elemento subjetivo del tipo, es decir, que exista conciencia y voluntad de ofender, de denigrar o menospreciar. Este aspecto adquiere especial relevancia cuando la conducta se da en un contexto de crítica política.

4.4. Alemania

Alemania sanciona gravemente los ataques a sus símbolos, tanto a los nacionales como a los federales o los de los *Länder*. En este sentido, el art. 90 del Código Penal alemán castiga con hasta tres años de prisión o multa a quien de manera pública insulte o desprecie a la

⁷¹ *Ibidem*, pp. 16-17.

⁷² Esta sentencia fue revocada por la Corte de Apelación de Trento en 2016, que consideró que la conducta de los acusados fue desconsiderada, pero no delictiva, y que estaba amparada por la libertad de opinión política. A pesar de esto, la sentencia fue recurrida por la Fiscalía y anulada por la Corte de Casación en 2018, que resaltó la gravedad de la ofensa de comparar la bandera con la suciedad que se barre con una escoba. La Corte declaró que la libertad de expresión no amparaba “expresiones de injuria o desprecio que lesionen el prestigio o el honor del Estado, de sus emblemas o de sus instituciones” ni las “ofensas groseras y brutales” que no guardan relación con una crítica objetiva.

República, a alguno de sus estados o a su orden constitucional, así como a quien denigre los colores, la bandera, el escudo o el himno de la RFA o de sus estados. También existe un subtipo agravado, penado con hasta cinco años de prisión o multa para los casos en los que el autor se manifieste intencionadamente “contra la existencia de la RFA o contra los principios constitucionales”. Según el Tribunal Constitucional alemán⁷³, lo que este precepto protege es la dignidad y el prestigio del Estado.

La jurisprudencia más reciente ha venido imponiendo una interpretación restrictiva del delito. En 2018 el Tribunal Federal de Justicia revocó la multa impuesta por un tribunal regional por un caso de denigración del Estado. En este caso, existía un conflicto con la libertad artística, pues el problema surgió a raíz de un tema de rap llamado “Alemania”, con su respectivo videoclip difundido mediante la plataforma YouTube. Uno de los versos de la canción decía “¡Sólo queremos el Reich, mejor conserve su puta República!” y calificaba a Alemania como una “República de mierda”. A su vez, contenía diversas manifestaciones de exaltación del régimen nacionalsocialista. El Tribunal entiende que la protección del Estado y sus símbolos no puede traducirse en una inmunidad contra la crítica o el rechazo. La tutela de las instituciones debe valorarse junto a los derechos fundamentales del acusado (y en el caso de Alemania, la libertad artística goza de mayor privilegio y protección que la libertad de expresión), pues la Constitución garantiza también los derechos de quienes no comparten los valores propios del orden constitucional. En este sentido, sólo podrían castigarse las conductas que denigren al Estado de tal forma que pudiese poner en peligro su propia existencia, la de sus instituciones o el orden público⁷⁴.

Ya en el año 1990 el TCF sentó la pauta a seguir en este tipo de asuntos. En aquella ocasión fue juzgado el gerente de una empresa que había vendido muchos ejemplares de un libro de prosa y poesía antimilitarista titulado “Déjame en paz”. Este libro se ilustraba con caricaturas y collages, uno de los cuales (situado en la contraportada) mostraba un hombre orinando sobre la bandera federal. En un primer momento, el tribunal de distrito condenó al acusado al pago de una multa, entendiendo que la imagen era una manifestación de desprecio particularmente hiriente. El recurrente acudió al TCF después de que el tribunal regional superior rechazase su apelación, e invocó su libertad artística. El Tribunal entendió que los tribunales inferiores habían interpretado mal la imagen, la cual no suponía un

⁷³ En su sentencia de 14 de febrero de 1978 dijo expresamente, aunque el caso no se refería a un ultraje sino a un asunto electoral, que se castiga a quien menosprecie públicamente a la RFA o su orden constitucional, pero no prohíbe una determinada opinión, pues esta puede expresarse con suficiente claridad de una manera no ofensiva.

⁷⁴ *Op. cit.* nota 59, pp. 18-19.

desprecio al Estado ni a la bandera, sino una crítica a la militarización de la vida política en el país. El ya mencionado derecho a la libertad artística, si bien muy protegido, no se debe respetar de manera incondicional cuando entra en conflicto con otros intereses constitucionalmente protegidos. En este caso, al realizar la debida ponderación, el Tribunal de Karlsruhe encuentra la condena injustificada, pues entiende que el collage es una representación artística, una caricatura que se caracteriza por la exageración y la distorsión y que no buscaba despreciar la bandera federal ni el Estado que la misma simboliza, sino expresar el rechazo al servicio militar⁷⁵.

5. LA STC 190/2020

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional denegó el amparo al líder de un sindicato que profirió proclamas contra la bandera española durante una manifestación y fue condenado por un delito de ultrajes.

En la actualidad existe cada vez mayor malestar con las últimas decisiones del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión. Los expertos señalan que se ha producido un cambio de paradigma que conlleva consecuencias imprevisibles y poco halagüeñas, tanto que hasta algunos magistrados del propio Tribunal han señalado “la preocupante deriva del Tribunal Constitucional en el ámbito de condenas penales por ejercer el derecho a la libre expresión⁷⁶”.

La doctrina también se encuentra preocupada por la dirección que está tomando nuestro Tribunal y cree que se muestra demasiado complaciente con las decisiones adoptadas por los órganos penales, a los que acusa de estar “poco atentos a las exigencias del art. 20.1 CE interpretado en sintonía con los estándares internacionales”. Según su criterio, lo más grave es que se está haciendo un uso sesgado de los precedentes convencionales (*cherry-picking*) o, incluso, eludiendo sus directrices. Cree que bajo una apariencia de adecuación se esconde un claro rechazo, y se pregunta si el Tribunal no será preso de algún tipo de sesgo ideológico (*in-group bias*) interno que hace que las causas se decanten del lado ideológico dominante⁷⁷. Algunos autores como Vázquez Alonso consideran que se ha dado pie a una especie de “prueba de la inquina” excusándose en la persecución de los discursos de odio⁷⁸.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 19.

⁷⁶ Así lo expresan Xiol Ríos y Balaguer Callejón en su voto particular conjunto a la STC 133/2021, en el cual recuerdan a su vez el voto particular que realizaron en el caso de la bandera.

⁷⁷ SÁIZ ARNÁIZ, A. (2021) “La libertad de expresión en el Tribunal Constitucional: de espaldas y a escondidas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Blog de la Asociación de Constitucionalistas de España*, octubre de

Todo ello supone una muestra de que, si bien pueda ser insuficiente, es igualmente elocuente que la libertad de expresión está siendo un derecho fundamental que cada vez crea más resistencias que conducen al desasosiego⁷⁹, el cual se ha traducido en la sentencia que pasamos a analizar.

5.1. Los hechos

El día 30 de octubre del año 2014, el líder sindical Pablo Fragoso Dacosta se unió a una protesta laboral frente al Arsenal Militar de Ferrol mientras se celebraba la ceremonia solemne del izado de la bandera nacional, con la interpretación simultánea del himno. La concentración se convocó con el objetivo de solicitar varias mejoras laborales, entre ellas el pago atrasado de unos salarios. Los trabajadores solían acudir diariamente al lugar y aprovechar ese momento, por su significado, para expresar sus reivindicaciones. Empleaban a su vez diferentes instrumentos y utensilios para atraer la atención de los asistentes y de los responsables de la base militar, que era la que tenía contratados los servicios de limpieza de la empresa a la que pertenecían los manifestantes. Ya la autoridad militar le había sugerido previamente que guardase silencio durante la ceremonia, mientras otros manifestantes gritaban consignas como “la bandera no paga las facturas” (consignas que no derivaron en persecución judicial). Fue en este contexto, empleando un megáfono, donde el señor Fragoso exclamó “aquí tedes o silencio da puta bandeira” y “hai que prenderlle lume á puta bandeira” (en castellano, “aquí tenéis el silencio de la puta bandera” y “hay que prenderle fuego a la puta bandera”). Con estas palabras, firmó su sentencia condenatoria sin saberlo⁸⁰.

5.2. El camino hasta el TC

El Juzgado de lo Penal nº1 de Ferrol, el 22 de marzo de 2017, condenó al Sr. Fragoso como autor de un delito de ultrajes a España, castigándolo con una multa de siete meses, con una cuota de seis euros diarios.

El condenado apeló ante la Audiencia Provincial de A Coruña, la cual confirmó la condena impuesta por Sentencia de 8 de febrero de 2018. Esta Sentencia reitera la idea de que la Constitución no contempla ningún derecho al insulto y que las expresiones proferidas, con

2021. Disponible en <https://www.acoes.es/la-libertad-de-expresion-en-el-tribunal-constitucional-de-espaldas-y-a-escondidas-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos/> (Consultado el 22 de junio de 2023).

⁷⁸ VÁZQUEZ ALONSO, V. (2021). “Hasél II o la persecución penal de la inquina (a propósito de un texto de Jacobo Dopico)”, *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 21, p. 392.

⁷⁹ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2021). “Libertad de expresión y ultraje a la bandera de España. Comentario a la STC 190/2020, de 15 de diciembre”. *Foro (nueva época)*, 24(1), p. 348.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 348-349.

publicidad, demostraban *animus iniuriandi*. El personal militar que allí se encontraba sufrió un “intenso sentimiento de humillación” por las dos expresiones. Tras la desestimación, el condenado abonó la multa, extinguiéndose su responsabilidad penal.

5.3. El recurso de amparo

Tras la condena confirmada por la Audiencia, D. Pablo Fragoso interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando que dicha condena vulneraba sus derechos fundamentales a la libertad ideológica y de expresión. El Tribunal admitió el caso por cumplir el requisito de especial trascendencia constitucional “porque plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal”. Tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal abogaron por la concesión del amparo.

Este último trae a colación tanto la jurisprudencia del TEDH y del TC, enfatizando el necesario control que debe hacerse por parte del Tribunal cuando en una condena penal no se ha ponderado, al imponerse, la necesidad y proporcionalidad de la medida. La Fiscalía entiende que tanto la forma, como el contexto, como el lugar, alcance y finalidad con las que se realizan los comentarios prueban que no se observó esa proporcionalidad, sobre todo tratándose de un líder sindical. El Ministerio Fiscal entiende que a la hora de enjuiciarse un ilícito penal no es suficiente con constatar que la conducta que se está juzgando sobrepasa los límites de la libertad de expresión, sino que debe velarse porque la reacción no sea de tal magnitud que provoque un efecto de desaliento⁸¹.

El día 15 de diciembre de 2020 se produjeron la deliberación y votación, cuyo resultado fue la denegación del amparo por un resultado de seis votos a cinco.

El TC asegura que no se ha producido lesión de ningún derecho fundamental. Para ello alude a que no existe ningún problema con la norma legal en abstracto, pues el delito de ultrajes existe en el Derecho comparado y, en nuestro ordenamiento, tiene naturaleza pública y es perseguible de oficio. Además, persigue una finalidad legítima, que es resguardar “el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a la función de representación que los símbolos y emblemas identificadores de España y sus Comunidades Autónomas desempeñan”.

El Tribunal recuerda su doctrina sobre la libertad ideológica y la libertad de expresión, sobre todo remarcando el fuerte vínculo que existe entre ambas, pues “a la libertad

⁸¹ *Ibidem* pp. 349-350.

ideológica le corresponde el correlativo derecho a expresarla”. Sin la libertad ideológica no podrían desarrollarse los valores centrales de nuestro ordenamiento, especialmente, el pluralismo político, los cuales son la base de un Estado social y democrático de Derecho⁸².

Repasando la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de expresión hasta la fecha, el Tribunal recuerda su dimensión institucional, lo que conlleva establecer unas condiciones para que pueda llevarse a cabo sin trabas (“que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor”). De nuevo, reitera que la libertad de expresión ampara el derecho a la crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”, pues “así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”, apoyándose en la jurisprudencia del TEDH. Pero no se apoya en cualquier jurisprudencia del Tribunal europeo, sino en aquellas sentencias donde se condena al Reino España por vulnerar el derecho a la libertad de expresión⁸³.

El Tribunal es claro con los límites de la libertad de expresión: el insulto, la incitación a la violencia (discurso de odio) y la alteración del orden público. Además, añade un conciso y claro razonamiento: si se ejerce el derecho a la libertad de expresión en relación con la ideológica, como regla general debe permitirse expresar el discurso “en los términos que impone una democracia avanzada” para que el juez no corra “el riesgo de hacer del Derecho (penal) un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión”.

En primer lugar, el TC analiza si la conducta reprochada queda, o no, dentro del ámbito protegido por la constitución, pues si queda amparada, no puede ser objeto de castigo penal. Para ello, podemos resumir los criterios a seguir para realizar esta valoración en que:

«el control de constitucionalidad (...) debe quedar limitado (...) a verificar si las sentencias impugnadas, al imponer la condena penal, han valorado como cuestión previa si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión (...) y si, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso» (FJ 4.º).

Teniendo esto en cuenta, parecía casi evidente que el amparo sería admitido y la tutela exigida, satisfecha. A pesar de ello, y para sorpresa de la mayoría, el Tribunal acabó denegando el amparo aplicando su propia jurisprudencia.

⁸² *Ibidem* pp. 351-352.

⁸³ Casos Castells y Fuentes Bobo.

Para llegar a esta conclusión, el TC entendió que debía realizar un juicio de ponderación entre la protección general que integra la defensa de los símbolos nacionales y el derecho fundamental a la libertad de expresión. Para él, existen suficientes hechos probados que decantan la balanza en contra de la concesión del amparo: el momento, solemne, en el que se gritaron las consignas; la utilización del término “puta” para referirse a la bandera; exhortar a la gente a prenderle fuego; que ambas expresiones fueron innecesarias; la falta de relación entre las expresiones y la reivindicación laboral (argumento que posteriormente tumba la STEDH) y el intenso sentimiento de humillación de los militares presentes.

El Tribunal, en conclusión, señala que:

“las expresiones realizadas configuran el conjunto de un mensaje que conlleva una carga no sólo de rechazo a la simbología política que representa la enseña nacional y, por tanto, menospreciativa de los sentimientos de unidad y de afinidad que muchos ciudadanos puedan sentir por aquella, sino también lo que revela es el mensaje de beligerancia que mostró el recurrente hacia los principios y valores que aquella representa”.

A juicio del TC esto implica “la difusión a los demás de un sentimiento de intolerancia y de exclusión que se proyecta con su afirmación a todos aquellos ciudadanos que sientan la bandera como uno de sus símbolos de identidad nacional y propios”.

La jurisprudencia sobre el margen amplio que debe concederse al ejercicio de la libertad de expresión, permitiendo las actitudes provocadoras o las expresiones hirientes se antoja insuficiente para el TC. Aunque reconoce también el efecto disuasorio que puede tener el castigar mediante el Derecho penal determinadas expresiones, estas eran manifiestamente innecesarias y, además, estamos ante un tipo penal considerado “menos grave”, sancionado únicamente con pena de multa.

El Tribunal concluye que la multa impuesta fue la mínima legalmente prevista y que, además, fue satisfecha por el recurrente en su totalidad; mostrándose “adecuada a su capacidad económica”. Con todo ello, entiende que estamos ante una condena penal constitucionalmente aceptable y proporcionada a la gravedad de la conducta. Por tanto, deniega el amparo solicitado⁸⁴.

5.4. La discrepancia de la minoría. Los votos particulares

En la sentencia encontramos cuatro votos particulares presentados por cinco magistrados: María Encarnación Roca Trías, Andrés Ollero, Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón, conjuntamente, y Cándido Conde-Pumpido.

⁸⁴ *Op. cit.* nota 79, pp. 353-355.

La magistrada Roca Trías se reafirmó sobre el voto particular que ya emitió con motivo de la STC 177/2015⁸⁵. Defiende el reconocimiento la protección constitucional de las libertades ideológica y de expresión, con independencia de que la sanción no constituya una pena de prisión, pues produce igualmente un desaliento para el ejercicio de estos derechos. La jueza no oculta su sorpresa frente a la afirmación de parte del tribunal, el cual entiende que en este caso se ha producido una extralimitación del derecho a la libertad de expresión. Para ella, tanto las frases como el contexto en el que se profirieron (sobre todo porque no se incitó a la violencia) debieron justificar la concesión del amparo y no duda en afirmar que, aunque sean “expresiones innecesarias, ofensivas e irrespetuosas (...) reflejaban el descontento por la pasividad del personal allí presente ante la situación laboral existente y debieron entenderse como una provocación en la transmisión de un mensaje reivindicativo, acorde con la orientación ideológica nacionalista del sindicato⁸⁶ al que pertenece el recurrente, y no, como considera la sentencia, un mensaje de beligerancia”.

Por su parte, el magistrado Ollero también es tajante en su voto particular. Aunque acepta parte de la sentencia de la mayoría, defiende que el recurrente sí quedaba amparado por sus derechos constitucionales interpretados según el CEDH y la jurisprudencia del TEDH.

El juez ya anticipó lo que presumiblemente ocurriría con el fallo del TC, pues en su voto particular señala que estaba obligado a asumir la jurisprudencia del TEDH porque “Ahorrraba así a mi querida España una nueva condena, como ya las coleccionadas sobre cuestiones similares” (como ya todos conocemos, no pudo lograr su cometido).

Para el magistrado es tan evidente que debía concederse el amparo que no duda en resaltar su patriotismo⁸⁷, con el objetivo de hacer ver que la posición ideológica no debería ser obstáculo para resolver una cuestión tan, a sus ojos, evidente. Tal era la evidencia que para Ollero la conexión entre las reclamaciones y la bandera se halla “sin especial esfuerzo⁸⁸”.

Ollero resalta también que la sentencia omite las razones aducidas por el Ministerio Fiscal, el cual también solicitaba el amparo, calificándolo como “eclipse de fiscal”. Es curioso cómo ninguna de las partes solicitaba que se desestimase el amparo, pero se desestimó.

⁸⁵ Asunto de Jaume Roura Capellera y Enric Stern Taulats.

⁸⁶ Don Pablo Frago era líder sindical de CIG (Confederación Intersindical Galega), la cual se autodefine como: “sindicato de clase que defiende la identidad nacional de Galicia y la autoorganización de los trabajadores, que practica la solidaridad y el internacionalismo, que considera la democracia y la participación como principio fundamental, (...) que expresa en gallego y promueve nuestra cultura y lengua”.

⁸⁷ Algunas de las expresiones que emplea el magistrado son: “Podría sin duda, henchido de ardor patrio, tomármelo a beneficio de inventario, pero no me pareció serio”, o “dudo de que cualquiera de mis compañeros del Tribunal sienta, por nuestra bandera y lo que ella significa, mayor afecto que el mío”.

⁸⁸ Textualmente dice, en relación a los militares que ordenaron guardar silencio al Sr. Frago: “doy por hecho que el almirante la encontró (la relación) sin especial esfuerzo”.

Recuerda que la libertad de expresión también comprende aquellas expresiones o manifestaciones que contrarían a los poderes públicos y/o particulares, independientemente de los sentimientos que provoquen (admite que incluso a él los comentarios del recurrente le molestaron personalmente). Ollero entiende que los epítetos tenían el objetivo de molestar a la autoridad militar y que castigarlos mediante el derecho penal no hace más que provocar disuasión.

El voto presentado conjuntamente por el magistrado Xiol Ríos y la magistrada Balaguer Callejón parte de la base de que la bandera genera tanto sentimientos de adhesión como todo lo contrario, lo cual implica que su significado depende de percepciones subjetivas. Entienden que las medidas punitivas que se aplicasen a los eventuales ataques a los símbolos deberían castigarse por vía administrativa y no penal, siguiendo el principio de *ultima ratio*. Insisten en una idea central y de gran importancia:

“la proliferación de los delitos de expresión en la ley penal, junto con una interpretación abierta muchas veces a interpretaciones poco restrictivas y a una frecuente utilización del proceso penal para sancionar determinadas expresiones que admitirían la aplicación de mecanismos estatales de inferior gravedad, amenaza con instalar de manera inquietante la imagen de una sociedad sometida y en actitud disciplinada poco conforme con lo que debe ser el ejercicio de la crítica en una sociedad democrática avanzada”.

Ambos magistrados consideran el art. 543 CP como una figura muy controvertida y de muy compleja aplicación, acusándolo de ser demasiado indeterminado.

Entienden que con esta sentencia firmada por la mayoría se está introduciendo una peligrosa obligación de adhesión positiva al símbolo nacional, lo cual debería ser impensable en una democracia no militante como la nuestra. Entienden que una crítica frontal dura a los símbolos, realizada sin violencia, está amparada por el derecho a la libertad ideológica y de expresión. Se apoyan expresamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su interpretación de la Primera Enmienda, que ofrece una amplia protección a todo tipo de discursos simbólicos en los que estaba implicada la bandera nacional y lamentan las conclusiones de la mayoría de sus compañeros⁸⁹.

Ambos magistrados concluyen su voto de una manera un tanto pesimista, recordando lo que ya dijo el magistrado Xiol en la STC 177/2015: «Los derechos a la libertad de expresión e información están íntimamente ligados a la democracia. La sensibilidad y la

⁸⁹ *Op. cit.* nota 79, pp. 355-357.

forma con que los poderes de un Estado abordan y tratan estos derechos son un indicador de la calidad de su democracia; por eso me alarma la tendencia restrictiva de estos derechos en la más reciente jurisprudencia constitucional». Lamentan que cinco años después deban reiterar aquella reflexión y confían en no tener que repetirla.

Finalmente, el actual presidente del TC, Conde-Pumpido, hace especial énfasis en la omisión del análisis del contexto. Para él esta falta de valoración permite desligar los comentarios de la protesta laboral en la que se produjeron, lo cual acaba presentándolos como un “diálogo entre un hombre y una bandera, que carece de todo sentido”.

Para el magistrado tendría que haberse concedido el amparo, pues nada indica que la intención del recurrente fuera incitar a la violencia, sino que sus palabras (si no se interpretan aisladamente, como equivocadamente hizo el Tribunal) fueron expresión simbólica de una insatisfacción, de un descontento por la falta de apoyo que estaba recibiendo de los responsables del recinto militar. Además, fueron estos los que le reclamaban, como representante sindical, que cesase o disminuyese sus protestas durante el izado de la bandera nacional.

Conde-Pumpido no olvida el cambio de postura de la Fiscalía y la razón a la que se debe. Señala, acertadamente, que la sentencia condenatoria fue dictada en marzo de 2017, ratificada en febrero de 2018 y el amparo presentado en marzo del mismo año, pocos días después de que se publicase la STEDH del caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España.

Para Conde-Pumpido los actos de desafecto entran, legítimamente, dentro de la crítica política, pues de lo contrario nos estaríamos alejando de los estándares de protección europeos (lo cual se ha comprobado con la condena de la STEDH Frago c. España) y de la preferencia que tiene la libertad de expresión, aunque las ideas que se expresan sean hirientes. Para él, los sentimientos subjetivos de ofensa no constituyen un bien jurídico que permita limitar el derecho a la libertad de expresión. Concluye diciendo que nunca deberíamos olvidar que la bandera también protege a aquellos que no la aprecian⁹⁰.

Para Bilbao Ubillos⁹¹, y aun tratándose de un asunto complejo, parece más consistente la postura que adopta la minoría de magistrados. Según él, la defensa de la dignidad de la nación no parece exigir una respuesta penal como la que se contempla en el art. 543 CP.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 357-358.

⁹¹ BILBAO UBILLOS, J. M^a. (2021) “El delito de ultraje a los símbolos nacionales (a propósito de la STC 190-2020)”, *Blog de la Asociación de Constitucionalistas de España*, disponible en: <https://www.acoes.es/el-delito-de-ultraje-a-los-simbolos-nacionales-a-proposito-de-la-stc-190-2020/> (Consultado el 23 de junio de 2023).

De todas formas, en los casos en los que nos encontremos con un tipo penal “bajo sospecha”, procedería llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo.

En cuanto al efecto de desaliento en este caso, debemos señalar que el Tribunal no apreció ni un ejercicio legítimo de la libertad ideológica o de expresión ni una extralimitación de las mismas que permitiese situar el comportamiento en el ámbito de estas libertades. Esto nos hace ver que el TC es conocedor de su propia doctrina, la cual señala que no basta con que la conducta no se encuadre en el ejercicio legítimo de un derecho, sino que es necesario enjuiciar si la limitación implica un sacrificio innecesario de los DD.FF. en juego (FJ 5). A pesar de tan atinada consideración, acaba extrayendo la conducta del núcleo de exclusión de los arts. 20 y 16 CE⁹². En este tenor indica el Tribunal:

“Lo que hizo el recurrente fue invocar de forma retórica el ejercicio de aquellos derechos para pretender justificar su conducta materializada en las expresiones proferidas contra la bandera de España. Tales expresiones (...) resultaban innecesarios y, además, habían sido proferidos, al margen del contexto y sin vinculación alguna al objetivo legítimo de formular unas reivindicaciones laborales, provocando, incluso, sentimientos de rechazo por parte de algunas de las personas que secundaban la protesta. (...) En consecuencia, ni siquiera es posible apreciar una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión (...)”.

Esta cuestión fundamental de si la conducta se encuadra dentro de los límites de los derechos de los arts. 16 y 20 CE se aborda sin conceder la debida relevancia al factor de que las expresiones se produjesen en un contexto de reivindicaciones laborales carentes de violencia. La afirmación de que la sanción penal de esas conductas constituye una medida necesaria y proporcional requiere del TC la exigencia de realizar una labor argumental que no hizo⁹³.

Incluso el propio TC reconoce en su FJ 4 que:

“el control que a este tribunal corresponde realizar no ha de ser un mero juicio externo, (...), sino que hemos de aplicar a los hechos declarados probados por estas, siempre dentro de los límites que impone el art. 44.1.b) LOTC, las exigencias dimanantes de la Constitución, para determinar si, al enjuiciarlos, han sido o no respetados esos derechos fundamentales...”.

A pesar de lo expuesto en la propia sentencia, el Tribunal hace una proclamación vacía, pues de haber tenido en cuenta sus propias exigencias no hubiesen prescindido del juicio de proporcionalidad, o no lo hubiesen limitado al *quantum* de la pena. Debieron de haber

⁹² *Op. cit.* nota 12, pp. 109 – 111.

⁹³ *Ibidem*, p. 111.

analizado previamente si, en este caso, el tipo penal era compatible con la efectividad de los DD.FF. cuestionados.

6. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU POSTURA

Hasta el 8 de junio de 2023, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no había examinado directamente esta cuestión en ninguno de sus casos, aunque sí lo había abordado de manera indirecta. Algunos de los casos que analizaré sucintamente marcan pautas y sientan doctrina, lo que sin duda podría haber sido útil para intentar averiguar el sentido del pronunciamiento del TEDH cuando se diese el caso, para evitar una nueva condena más a nuestro país por vulnerar los DD.HH. de sus ciudadanos.

6.1. Osmani y otros c. la ex República yugoslava de Macedonia

El alcalde de un pueblo de mayoría albanesa había organizado un acto para defender el uso de la bandera nacional de Albania de manera oficial y durante el mismo, se dirigió a los ciudadanos de origen albanés en su discurso alentándolos a proteger su bandera, que estaba desplegada en el Ayuntamiento. Los tribunales entendieron que algunas partes del discurso incitaban a la violencia y que el demandante era consciente de que su llamamiento para impedir que se quitase la bandera podía desencadenar disturbios y enfrentamientos con las fuerzas de seguridad. El Tribunal que lo juzgó entendió que actuó de forma irresponsable, lo que influyó claramente en los altercados acaecidos después, que se saldaron con tres muertos y varios heridos. Fue condenado a varios años de prisión por la comisión de un delito de incitación al odio nacional, racial y religioso. Se entendió que la condena estaba justificada y era proporcionada, y el TEDH acabó inadmitiendo la demanda el 11 de octubre de 2001⁹⁴.

6.2. Partido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia

Este caso fue resuelto desde la perspectiva del art. 11 CEDH y no de la del art. 10 CEDH, pero tiene una trascendencia fundamental. El TEDH estableció que la prohibición de manifestaciones contra “el régimen de ocupación de Putin” no estaba justificada. En estas manifestaciones se quemaron banderas rusas y retratos del presidente ruso, sobre lo que el Tribunal declaró que “[L]os eslóganes del partido demandante, incluso cuando fueran acompañados por la quema de banderas y fotografías, era una forma de expresar una

⁹⁴ *Op. cit.* nota 59, p. 25.

opinión con respecto a un asunto de máximo interés público (...). Entiende que no pueden considerarse estas actuaciones como una incitación a la violencia, a pesar de la quema de banderas y fotografías de los líderes rusos, y remarca la idea del TEDH de que “en una sociedad abierta y pluralista, no sólo se protegen las informaciones o ideas acogidas favorablemente por la sociedad o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también (y sobre todo) las opiniones que ofenden, perturban o molestan a las autoridades o a algún sector de la población, que resultan impopulares, heterodoxas, o «políticamente incorrectas»” (asunto Handyside). La eficacia de un verdadero sistema de libertades se pone a prueba cuando se transmiten ideas que resultan provocadoras. La libertad de expresión adquiere pleno sentido cuando se ejerce para disentir de las ideas dominantes, o como dijo George Orwell, para decir “lo que la gente no quiere oír”⁹⁵.

6.3. Murat Vural c. Turquía

En este caso, el TEDH concluyó que derramar pintura sobre las esculturas de Atatürk (fundador del Estado turco) constituía una manifestación de la libertad de expresión y no un acto de vandalismo o un insulto a su memoria, por lo que estaba amparada por el art. 10 CEDH. Lo esencial de esta sentencia, a efectos de este trabajo, es el reconocimiento por parte del TEDH de medios de expresión menos frecuentes, que van más allá del uso de la palabra (hablada o escrita), pero que quedan igualmente protegidos por el Convenio. Es decir, resalta la importancia del lenguaje simbólico en el discurso político.

6.4. Stern Taulats y Roura Capellera c. España

En este caso, los demandantes fueron condenados por la quema pública de una fotografía de los reyes, y si bien no es un caso idéntico al de la bandera (ni siquiera constituye el mismo delito), los argumentos aquí aducidos pueden aplicarse *mutatis mutandis* a una quema de bandera. El TEDH, como siempre ha remarcado en su doctrina, insistió en que las limitaciones al ejercicio de las libertades reconocidas por la constitución deben ser interpretadas de forma restrictiva, sobre todo cuando conllevan consecuencias penales. Las autoridades deben evitar que en su intento por proteger las instituciones o los símbolos del Estado se produzca un efecto de desaliento al abusar de la vía penal. En este caso, el TEDH estableció que el medio de expresión de las ideas de los demandantes constituía una “puesta en escena provocadora”, de las que “se utilizan cada vez más para llamar la atención de los medios de comunicación”. Entendieron que el retrato de los monarcas (o,

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 25-26.

en su caso, la bandera) era un elemento simbólico con una fuerte vinculación con la crítica política expresada por los demandantes⁹⁶.

La sentencia expresa:

“el acto que se reprocha a los demandantes se enmarca en el ámbito de la crítica política, y no personal, de la institución de la monarquía en general y en particular del Reino de España como nación. Esta conclusión se manifiesta claramente al examinar el contexto en el que este acto tuvo lugar. Este se produjo con motivo de la visita institucional del Rey de España a Girona, que fue seguida por una manifestación anti monárquica e independentista (...)”.

Y sobre el objeto de la ofensa en particular la sentencia establece:

“se trata de elementos simbólicos que tienen una relación clara y evidente con la crítica política concreta expresada por los demandantes, que se dirigía al Estado español y su forma monárquica: la efigie del Rey de España es el símbolo del Rey como Jefe del aparato estatal... y la colocación de la fotografía bocabajo expresan un rechazo o una negación radical, y estos dos medios se explican como manifestación de una crítica de orden político u otro...; el tamaño de la fotografía parecía dirigida a asegurar la visibilidad del acto en cuestión, que tuvo lugar en una plaza pública”.

También concluye, en primer lugar, que no se puede considerar que los demandantes pretendiesen incitar la comisión de actos violentos contra el Rey, pues la quema de su retrato “es una forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público, a saber, la institución de la monarquía”. Y, en segundo lugar, señala que la conducta no encaja dentro del discurso de odio, pues habría que interpretar muy ampliamente la excepción admitida por el TEDH en su jurisprudencia en perjuicio del pluralismo, la tolerancia y del espíritu de apertura propios de las sociedades democráticas.

6.5. Otegi Mondragón c. España

El Sr. Otegi fue condenado por los tribunales españoles por un delito de injurias graves a la Corona como consecuencia de sus declaraciones en rueda de prensa con motivo de una visita del monarca al País Vasco. Calificó su visita de “sinvergonzada política” y que el Rey era el jefe de aquellos que habían torturado a los detenidos en una operación policial contra el periódico Egunkaria.

El demandante alegó ante el TEDH que se había vulnerado su derecho a la libertad de expresión e ideológica cuando el Tribunal Supremo lo condenó entendiendo que sus afirmaciones constituían un verdadero juicio de valor y afectaban al núcleo íntimo de la

⁹⁶ *Ibidem*, p. 26.

intimidad del rey, con independencia del contexto en el que se profirieron. El TC, por su parte, inadmitió el recurso de amparo presentado por el recurrente, reafirmando los argumentos del Supremo.

Ante el Tribunal Europeo expuso que sus declaraciones revestían un interés público y fueron pronunciadas en calidad de portavoz de un grupo parlamentario y que la libertad de expresión es una herramienta esencial de los parlamentarios en el debate político. Aunque la condena estaba prevista por ley y perseguía un fin legítimo, en el análisis de su “necesidad en una sociedad democrática” el TEDH señaló que, siguiendo la línea de su jurisprudencia, la libertad de expresión posee una importancia especial en el ámbito político, sobre todo en la crítica política y, además, que los personajes públicos (como el Rey) deben soportar un mayor margen de crítica. Aunque la posición del Rey se presupone neutral y sea un símbolo de la unidad de la nación, no queda exento de la crítica en el ejercicio de sus funciones en la medida en que represente al Estado al que simboliza.

Por todo ello, el Tribunal entiende que la pena impuesta fue desproporcionada (fue condenado a prisión) y establece que sólo sería posible este castigo cuando se hubieran vulnerado gravemente otros derechos fundamentales. Las declaraciones del demandante se produjeron en un contexto determinado y no constituyeron una ofensa contra el honor del monarca ni su esfera íntima. Por tanto, la condena constituyó una violación del art. 10 CEDH.

6.6. Frago Dacosta c. España

Como señala la profesora Corral Maraver, llama la atención la pasión incansable de España por desatender la ya consolidada doctrina del TEDH, sobre todo cuando nuestro país ya ha sido condenado con anterioridad por asuntos similares. En efecto, “El TEDH se muestra contrario a dicha sobre protección cuando ello entra en conflicto con la libertad de expresión del art. 10 CEDH. Este tribunal entiende que deben tratarse con mayor permisividad los hechos que, aunque ofensivos o insultantes, se realizan en el contexto de la crítica política, debiendo prevalecer el derecho a la libertad de expresión y teniendo los Estados la obligación de ser cautos en la sanción penal en estos casos”⁹⁷.

Resulta significativo que, en el año 2022, concretamente el 10 de octubre, se cumplieron cuarenta y tres años de la entrada en vigor en España del CEDH. Desde Entonces, nuestro país ha sido condenado por violación del art. 10 en once sentencias. Además, el propio TEDH ha considerado este artículo como de protección reforzada, al tratarse de una de las

⁹⁷ *Op. cit.* nota 5, pp. 169-170.

piezas fundamentales que sirven para promover los ideales y valores de una sociedad democrática; valores como el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales es inconcebible una sociedad democrática⁹⁸. Este dato permite afirmar (aunque no se puede considerar aisladamente, pues la composición de los tribunales nacionales difiere con el transcurso de los años) la posición del sector doctrinal que sostiene que en España se está produciendo una regresión en materia de libertad de expresión. Esta idea se apoya también en la actitud complaciente que está adoptando nuestro Tribunal Constitucional en relación a las decisiones de los tribunales ordinarios, sobre todo en el orden penal, ignorando las exigencias del art. 20.1 CE interpretado junto a los estándares internacionales⁹⁹.

El día 8 de junio de 2023, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó, finalmente, sentencia en el caso popularmente conocido como *A Puta Bandeira*.

En el caso *Fragoso Dacosta c. España*, el Tribunal condena nuevamente a nuestro país por vulnerar el derecho fundamental a la libertad de expresión. Esta sentencia no sólo supone una nueva condena a España en materia de Derechos Humanos, sino que constituye una desautorización a algunos de los entonces miembros del Tribunal Constitucional.

Don Pablo Frago Dacosta alegó que con la sentencia que lo condenaba por haber insultado la bandera de España se había vulnerado su derecho a la libertad de expresión, comprendido en el art. 10 del CEDH. En los antecedentes de hecho se hace una importante mención a que la doctrina española se muestra a favor de despenalizar la ofensa en cuestión, a pesar de lo cual los jueces se decantaron por aplicar el Código Penal al darse los elementos de la misma.

Como se señala en la sentencia europea, no se cuestiona que se haya producido una interferencia en la sanción penal y el derecho a la libertad de expresión, pues así lo señala el propio Gobierno. Lo que argumenta este último es que la interferencia ha sido “prevista por la ley” y que perseguía una finalidad legítima, que era proteger un símbolo común a todos los miembros de la nación. Alegó que los tribunales nacionales habían concluido que la interferencia había sido proporcionada y necesaria en una sociedad democrática. Además, aportó un informe que recogía la existencia de delitos similares en otros sistemas penales de Estados miembros del Consejo de Europa y, concluyó señalando que la

⁹⁸ Vid. STEDH *Handyside c. Reino Unido* (1976).

⁹⁹ *Op. cit.* nota 5, pp. 188-190.

posibilidad de que la condena fuese sustituida por una privación de libertad era altamente improbable.

El TEDH se pronuncia estableciendo que para que la interferencia no constituya una vulneración del art. 10 tiene que cumplir tres requisitos¹⁰⁰: en primer lugar, “estar contemplada en el ordenamiento jurídico”, lo cual se cumple en el art. 543 CP, el cual castiga cierto tipo de conductas que tienen la capacidad de ofender a los símbolos de la nación y pueden dañar los sentimientos de la sociedad española. En segundo lugar, debe perseguir uno de los objetivos legítimos contemplados en el art. 10. La Corte entiende cumplido este requisito como una “protección de los derechos ajenos¹⁰¹” (párrafo segundo del artículo 10), sobre todo teniendo en cuenta la importancia de promover la cohesión social. Finalmente, el tercer requisito se refiere a que ser “necesario en una sociedad democrática”. El análisis del TEDH se centrará, por tanto, en determinar si la sanción impuesta al recurrente fue “necesaria en una sociedad democrática”, requisito cuyos criterios generales de interpretación han sido establecidos con claridad por la jurisprudencia del tribunal.

Atendiendo a las circunstancias concretas del caso, el Tribunal hace especial énfasis en que los comentarios no fueron dirigidos directamente contra una persona, sino contra un símbolo (a diferencia de lo que ocurría en los casos *Otegi Mondragón c. España* y *Stern Taulats c. España*, en los cuales las ofensas se dirigían contra el Rey de España; por insultos en el primer caso y por haber prendido fuego a una foto de los monarcas en el segundo).

Aunque, en principio, son las autoridades nacionales las que están mejor situadas para juzgar el impacto de los insultos (sobre todo cuando se dirigen a un símbolo nacional), el principio de subsidiariedad impone una responsabilidad compartida entre los Estados y el TEDH, por lo que los tribunales españoles deben interpretar y aplicar la ley nacional de manera que no se pierda el efecto del CEDH. De esto se extrae que, aunque inicialmente sea competencia de los jueces nacionales interpretar y aplicar la ley, en última instancia recae sobre la Corte la obligación de determinar si la manera en que se hace puede producir consecuencias que sean incompatibles con el Convenio.

El TEDH también hace referencia a su asentada jurisprudencia de que la libertad de expresión no ampara únicamente la información o ideas que son favorables o inofensivas, sino que también comprende a aquellas que ofendan “al Estado o a cualquier sector de la

¹⁰⁰ Ya establecidos en *STEDH NIT S.R.L c. Moldavia*, de 5 de abril de 2022.

¹⁰¹ Vid. también *Murat Vural c. Turquía*, de 21 de octubre de 2014; *Defensores Internacionales de Animales c. Reino Unido* y *NIT S.R.L c. Moldavia*

población”¹⁰². De todas formas, el Tribunal ha dejado clara la distinción entre la crítica y el insulto, pues si la única intención es ofender a una persona o institución, un castigo apropiado no vulneraría, en principio, el art. 10 CEDH¹⁰³. Incluso en casos de este tipo, el Tribunal, en su labor de supervisión, debe observar la injerencia a la luz del caso como un todo, incluyendo el contenido de las ofensas y su contexto, determinando si la interferencia era “proporcionada a la finalidad legítima perseguida” y cuáles han sido los razonamientos aducidos por las autoridades nacionales para justificar que era “relevante y suficiente”.

La Corte admite que el lenguaje usado por el recurrente puede considerarse como provocativo, pero observa que no se incitó al desorden o a los disturbios. Ni la Audiencia ni el Gobierno han podido probar que existiese una intención de incitar a la violencia o al discurso de odio, aunque el Tribunal Constitucional se refiriese a un “sentimiento de intolerancia”. Además, el TEDH tiene en cuenta el hecho de que las consignas se hicieron de forma oral durante una protesta, por lo que no hubo posibilidad de que el recurrente las reformulase, rectificase o retirase¹⁰⁴ y, además, tal y como indica el Gobierno en su escrito, no tuvieron ningún impacto público.

Por otra parte, el Tribunal considera que en este caso se distingue claramente de aquellos en los que el derecho a la libertad de expresión se erigía contra el derecho a la vida privada de una persona (vid. Axel Springer AG c. Alemania; Von Hannover c. Alemania y Mesić c. Croacia, entre otros). En este sentido, aunque acepta que las consignas provocativas dirigidas contra un símbolo nacional pueden dañar la sensibilidad de algunos individuos; el daño causado, si lo hubiere, no tiene la misma naturaleza que el causado por el ataque a la reputación de una persona individualizada. Esta postura del tribunal hace que pierda fuerza la idea de que los ultrajes a España sean ofensas mediatas, pues no les otorga la misma naturaleza.

El TEDH también observa que las ofensas no condujeron a ningún daño personal ni material y que los procedimientos sólo fueron perseguidos por el Ministerio Fiscal (institución la cual acabó posicionándose a favor del amparo en el recurso ante el Tribunal Constitucional).

¹⁰² Vid. Handyside c. Reino Unido, y Handzhiyski c. Bulgaria.

¹⁰³ Vid. Skalka c. Polonia.

¹⁰⁴ Vid. Otegi Mondragón c. España y Fuentes Bobo c. España.

Uno de los aspectos más llamativos de la sentencia es que la Corte incide nuevamente¹⁰⁵ en que los hechos no se valoraron correctamente ni por los tribunales españoles ni por el Gobierno. No acepta la afirmación que hacen el Gobierno y el TC de que las consignas no estaban en absoluto relacionadas con las protestas. Se indica que las autoridades militares pidieron expresamente al recurrente que “bajase el tono” de su protesta durante la ceremonia. La referencia al “silencio de la bandera” podría considerarse conectada a esa petición y constituiría una expresión de frustración ante la petición. También podría entenderse que sus manifestaciones encajarían razonablemente en el concepto de crítica, como expresión de protesta e insatisfacción contra el personal militar, y no de mero insulto.

El Tribunal reitera que los representantes sindicales deben poder expresar a su empleador las peticiones necesarias para mejorar la situación de los trabajadores en su empresa (vid. *Straume c. Lituania*). Y aunque no deban sobrepasarse ciertos límites, un grado de exageración o incluso provocación está permitido.

Por último, para el TEDH la cantidad impuesta como pena era significativa, siendo particularmente relevante el hecho de que podría llegar a imponerse una pena de privación de libertad. Bajo su punto de vista, existen unos estándares que los tribunales nacionales deben asegurar con el objetivo de respetar el principio de proporcionalidad a la hora de imponer la sentencia. Estos estándares son el grado de culpa de la persona en cuestión, la seriedad de la ofensa y si fue repetida o no. Las consignas en este caso en particular fueron pronunciadas oralmente una única vez, frente a una audiencia pequeña y en el contexto de una protesta, sin causar ningún desorden. Teniendo en cuenta estas circunstancias, el TEDH considera que la gravedad de la pena impuesta excede la de la ofensa. Es por todo esto, que la Corte concluye que la sanción penal impuesta al recurrente no es proporcional a la finalidad perseguida y que la condena del recurrente puede haber ocasionado un efecto de desaliento en el ejercicio de su libertad de expresión.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el TEDH considera que las autoridades nacionales erraron al ponderar los intereses en juego, condenando al recurrente e imponiéndole una pena excesiva. Afirman, por tanto, que ha habido una violación del art. 10 CEDH. Siguiendo lo dispuesto en el art. 41 CEDH condenan al Estado español a la restitución de la sanción de 1.260 euros impuesta por los tribunales y al pago de 6.000 euros por daños no pecuniarios.

¹⁰⁵ En ocasiones anteriores (vid. *Erkizia Almandoz c. España* y *Stern Taulats c. España*) también fue en relación a unos hechos vinculados a la criminalización de determinados discursos políticos.

7. LA STS 1175/2022, ¿UN NUEVO CASO PARA EL TC?

El 29 de marzo de 2022 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal y la acusación particular Sociedad Civil Catalana, Asociación Cívica y Cultural; condenando a D. Silvio, D. Tomás y D. Valentín por un delito de ultrajes a la bandera nacional.

Los hechos probados narran que el 19 de abril de 2016 los acusados, en presencia de numerosas personas, cogieron una bandera de España de la carpa de la Sociedad Civil Catalana y la rajaron en dos trozos, tirándola al suelo. El suceso tuvo lugar en el ámbito universitario, en la plaza Cívica de la Universitat Autònoma de Barcelona.

Silvio fue condenado al pago de una multa de 8 euros diarios durante 9 meses (unos 2.160 euros, aproximadamente), mientras que Tomás y Valentín; a la misma multa durante 8 meses (unos 1.920 euros cada uno, aproximadamente). Tras este pronunciamiento, formularon recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual estimó el recurso y los absolvió, revocando la sentencia que condenaba a los acusados por un delito de ultrajes. En esta sentencia formularon un voto particular los magistrados Ana Rodríguez Santamaría y Enrique Rovira del Canto.

Posteriormente, el Ministerio Fiscal formuló recurso de casación por infracción de Ley por la indebida aplicación del art. 543 CP. Entiende que rasgar una bandera de España en dos pedazos y dejarlos en el suelo supone una ofensa a tal símbolo y excede de la crítica política.

La Audiencia Provincial, interpretando el art. 543, entendió que el acto de rasgar una bandera no incita por sí solo a la violencia y tampoco constituye un discurso de odio. Para llegar a esta conclusión se basa en la doctrina del TEDH, y razona que si en su sentencia de 13 de marzo de 2018 declaró que la quema de una imagen del Rey quedaba amparada por la libertad de expresión, lo mismo debe ocurrir con rasgar una bandera de España. También señaló que la diferente naturaleza de las penas (prisión para el caso del retrato del Rey y multa para el de la bandera) no tiene relevancia, pues en la práctica vienen a ser lo mismo porque el impago transforma la multa en una pena privativa de libertad.

Sin embargo, el ya mencionado voto particular de la SAP (que es la aquí recurrida) señala que, en este caso “la acción de los acusados no se enmarca en una manifestación pública o política de ideas independentistas (...) Tiene lugar dentro de la Universidad, lugar que debe ser paradigmático en el respeto a las ideas del otro y en la defensa, enseñanza y propagación de los valores de la tolerancia y el civismo. Además en el marco de una feria

de entidades cívicas cada una de las cuales tiene derecho a defender sus ideas y opiniones en un marco de respeto y tolerancia hacia el otro, hacia el diferente”. También mantiene algunos de los argumentos empleados por el Juzgado de lo Penal para condenar a los acusados, que entendió que la quema de la foto del Rey formaba parte de la crítica política, anulándose el fallo exclusivamente como consecuencia del contexto independentista y antimonárquico, mientras que en el caso actual el rasgado se produjo en un marco pluralista.

En este aspecto considero erróneo defender que la anulación de la condena por injurias a la Corona se debiese “exclusivamente” al contexto antimonárquico y, además, tampoco aprecio que en el presente caso no exista un contexto independentista. No puede olvidarse que si bien el acto se produce en una feria universitaria, la asociación que sufre el ataque se autodefine a sí misma como una entidad “que, frente al nacionalismo, defiende los derechos, las libertades y la igualdad de oportunidades que la Constitución Española reconoce a todos los ciudadanos” y que nace, según ellos mismos “con el objetivo de recuperar la Cataluña constitucionalista del régimen nacionalista”¹⁰⁶. Creo que es evidente que el ataque a una bandera de España, perteneciente a esta asociación, en una Universidad de Cataluña, está fuertemente unida al contexto independentista que existe en toda la Comunidad.

No existe mucha jurisprudencia del Supremo sobre el delito de ultrajes, pero podemos encontrar un precedente en la STS de 15 de marzo de 1989, donde se prendió y ondeó una bandera de España en Santiago de Compostela y, posteriormente, se pisoteó. El recurso de casación que se presentó contra la condena de instancia fue desestimado. En otros casos como “Blanquerna¹⁰⁷” (STS 983/2016, de 11 de enero de 2017) se establece que el delito del 543 CP “exige un dolo característico, consistente en un propósito de menospreciar y ultrajar la bandera” y en este sentido, la jurisprudencia del TS sí ha entendido que acciones como pisotear, rasgar o quemar la bandera sí son actos de los que puede deducirse el dolo de ofender a la enseña española (STS 386/2020).

Esta STS relaciona directamente este caso con la STC 190/2020, la cual menciona que el problema constitucional que se planteaba estaba relacionado con la previsión legal abstracta

¹⁰⁶ De esta forma se autodescribe la Sociedad Civil Catalana en su propia web. Disponible en: <https://societatcivilcatalana.cat/>

¹⁰⁷ El 11 de septiembre de 2013, en el transcurso de un acto de celebración del Día de Cataluña, varios militantes de agrupaciones de extrema derecha como Alianza Nacional, FE-La Falange y Democracia Nacional irrumpieron con banderas de España y las de las de sus formaciones políticas en la librería Blanquerna, en Madrid, que era propiedad de la Generalitat de Cataluña, al grito de: "No nos engañan, Cataluña es España". La condena en este caso fue por desórdenes públicos y no por un delito de ultrajes.

de protección. Esta figura penal, también tipificada en otros ordenamientos, persigue un fin legítimo, que es “proteger los símbolos y emblemas del Estado constitucional, entre los que se encuentran las banderas, únicos símbolos expresamente constitucionalizados (art. 4 CE). Así lo corrobora el hecho de que el delito de ultrajes a España (art. 543 CP) figure dentro del título XXI del Código penal, dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución. (...) tipifica un delito de naturaleza pública y perseguible de oficio, que protege el propio orden político que sanciona la Constitución”.

La STC 94/1985 declaró, sobre la materia sensible del símbolo político que:

“(...) trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo político acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos jurídicos. Al símbolo político corresponde, pues, al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles”.

El Tribunal declara que la Ley configura las conductas de ultrajes como tipos menos graves, castigados únicamente con pena de multa, la cual no conlleva ningún otro tipo de pena principal o accesoria. Bajo mi punto de vista, en este punto el Tribunal comete un error al obviar la subsidiariedad de la pena de prisión por el impago de multa, pues se limita a decir que “no tiene por qué ser finalmente aplicada si se abona la multa”, como si no existiese la posibilidad de que el condenado no pague. La STC llegó a la conclusión de que la respuesta punitiva fue proporcionada a la entidad de la conducta. Si bien es lógico que el Supremo se apoye en este argumento del TC en marzo de 2022, no podemos ignorar que este argumento no sería válido en la actualidad, después de que la STEDH haya visto la luz. A la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo es que en este caso sí se cumple el tipo del art. 543 CP, pues el hecho de rasgar una bandera delante de una muchedumbre dejándola tirada en el suelo es una clara ofensa a la enseña nacional. Para los magistrados la bandera es símbolo de unidad y de nuestra esencia como Nación y representa a todos, por tanto, la ofensa a la bandera es una ofensa a todos. En este aspecto también me gustaría diferir del Tribunal, pues parece demasiado ambicioso por su parte afirmar que la bandera española “nos representa a todos”. El art. 1 de la Ley de la bandera establece que “La

bandera de España simboliza la nación...”, pero no creo que pueda deducirse que representa a todos los españoles. No se puede obviar que en la actualidad, existe una banalización del uso de la bandera, la cual tiene ahora una significación muy alejada de la neutralidad que se le pudiese presumir. Determinados colectivos y grupos de personas se han apropiado del uso de la bandera para representar y defender unos intereses e ideas, que en muchas ocasiones colisionan con las de otros colectivos, constituyendo una herramienta de ataque, por lo que a mi juicio no puede pretenderse que estos últimos se sientan identificados o representados por ella. Es más, esta apropiación de la enseña nacional hace de ella un elemento aún más apropiado para la crítica, para mostrar el rechazo a los valores que actualmente representa.

Más allá de esta apreciación personal, el propio Tribunal Europeo de DD.HH. ya ha establecido que la ofensa realizada a un símbolo como la bandera no puede trasladarse directamente como una ofensa realizada contra un individuo o un grupo, pues son ataques de distinta naturaleza¹⁰⁸.

Otro de los argumentos empleados por el Tribunal para justificar la condena es que este caso tiene una singularidad por el contexto en el que se producen los hechos, al que denomina “marco de la celebración de la democracia”. Este contexto se caracteriza por ser un ambiente festivo, pluralista y pacífico. Para él, la acción “violenta” de los acusados atenta frontalmente contra el símbolo que enarbola una asociación que acude de manera pacífica a la feria, y queda lejos de constituir una manifestación del derecho a la libertad de expresión. Parece ser que nuestro Tribunal Supremo olvida que, si bien la conducta puede ser reprobable, el derecho a la libertad de expresión también comprende aquellas críticas que se basan en la provocación, pues muchas veces es la única manera de conseguir transmitir el mensaje pretendido.

Para sostener su postura, el TS vuelve a recurrir a la STEDH sobre la quema del retrato del Rey, diciendo que son casos distintos tanto en los hechos juzgados como en el delito aplicado, y no cabría analogía entre ellos para defender una absolución. Señala que el delito de injurias a la Corona se produjo en un contexto independentista y antimonárquico que no guarda semejanza alguna con el actual caso. De nuevo, me parece complicado afirmar que rasgar una bandera de España perteneciente a una organización española, que difundía sus valores de “unidad de España” y pretendía “recuperar la Cataluña constitucionalista del régimen nacionalista” no esté relacionada con un contexto independentista.

¹⁰⁸ Caso Fragoso c. España

El Tribunal llega, incluso, a afirmar que el gesto violento no puede ampararse bajo la libertad de expresión porque “lo que expresa es la intolerancia” y consideran que “la acción que llevan a cabo los acusados no está amparada por la libertad de expresión, que tiene un límite expreso en el respeto a la libertad de expresión del contrario y teniendo en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos niega ese amparo a los que entienden como discurso el odio, término que abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”. En este punto sí debo mostrar mi máximo desacuerdo con el tribunal, que llega a comparar el rasgar una bandera con el antisemitismo o el racismo. En ningún caso debería poder considerarse un ataque a los símbolos nacionales como un “discurso de odio”. En la actualidad, se utiliza el término discurso/delito de odio sin ningún tipo de reparo y en cualquier contexto, pero llama la atención que el propio Tribunal Supremo caiga bajo esta tendencia de calificar las cosas por un nombre que no les corresponde. El ataque a la bandera no se dirige contra ninguna minoría ni contra ninguna persona o colectivo necesitado de una especial protección. Si bien puede considerarse que es una conducta detestable, en ningún caso podemos rebajarnos al nivel de compararla con los ataques que sufren las personas por, por ejemplo, su raza; lo cual sí es un verdadero discurso de odio e intolerancia.

En su voto particular, el magistrado Javier Hernández García aboga por la desestimación del recurso. Si bien entiende que debería haberse mantenido el sentido del fallo de la Audiencia (es decir, la absolución), no comparte los motivos.

El magistrado comparte con la Audiencia que los hechos podrían constituir otros delitos como el apoderamiento inconstituido de objetos propiedad de terceras personas, la causación de desperfectos o el impedir que otros puedan ejercer libremente su derecho a la libertad de expresión. Los principios acusatorio y de *reformatio in peius* impiden que la sentencia que resuelve el recurso se pronuncie sobre la comisión de delitos distintos al comprendido en el art. 543 CP, por tanto, sólo puede analizarse si los hechos son subsumibles bajo este tipo.

Hernández García considera, para defender la absolución, que los recurrentes no cometieron el delito de ultrajes por la ausencia del elemento objetivo y no porque su conducta estuviese amparada por la libertad de expresión. Tiene en cuenta el contexto en el que se producen los hechos como elemento esencial para valorar si los mismos eran merecedores de la especial protección que otorgan los arts. 20 CE y 10 CEDH.

El art. 10 CEDH protege no sólo las ideas que se expresan, sino también el modo en el que se hace, y no es aplicable únicamente a los modos más habituales de expresión, sino que también abarca “otras formas comunicativas más simbólicas, a través de las cuales las personas deciden transmitir sus opiniones, mensajes, ideas y críticas”. Esto puede introducir cierto factor de complejidad al analizar si existe un efecto oclusivo entre ambas libertades de expresión, pues en muchas ocasiones la finalidad de la conducta expresiva sólo puede obtenerse al interferir en un espacio público con o contra los intereses y derechos que se ponen en cuestión.

El TEDH ya se ha pronunciado varias veces sobre este aspecto: con ocasión de la exhibición de símbolos y vestimentas simbólicas en una performance política (caso *Tatár y Fáber c. Hungría*), protestas activas impeditivas de determinadas actividades (caso *Steel y otros c. Reino Unido*; *Hashman y Harrup c. Reino Unido*; caso *Lucas c. Reino Unido*) y con relación a conductas que recayeron contra símbolos o monumentos. En esta última categoría hay que destacar el caso *Shvydkav c. Ucrania* (por retirar una cinta de una corona colocada por el presidente ucraniano en un monumento a un famoso poeta el Día de la Independencia), el caso *Murat Vural c. Turquía* (por manchar con pintura roja el monumento dedicado a Atatürk), el caso *Handzhiyski c. Bulgaria* (por colocar guirnaldas y otros objetos de burla sobre un monumento en honor a un político que participó durante el régimen comunista como dirigente de un partido títere del Partido Comunista) y, el caso más reciente, el de *Genov y Sarbinska c. Bulgaria* (por manchar de pintura ese mismo monumento).

Aunque en todos estos casos las condenas iniciales fueron muy diversas (desde multas administrativas a tres años de prisión en el caso turco) y sin perjuicio de que las conductas pudiesen infringir preceptos que castigan el vandalismo o la afectación de símbolos, el Tribunal identificó en todos ellos una vulneración del derecho a la libertad de expresión. Para ello, analizó la finalidad crítica que incorporaban y su potencial incitación a la violencia y al odio y descartó una lesión suficiente de otros derechos o intereses públicos merecedores de mayor protección¹⁰⁹.

Partiendo de este modelo, el magistrado considera que, aunque no cuestiona la intencionalidad política de la conducta, no puede ampararse por la libertad de expresión. Entiende que supuso una injustificable lesión del derecho a la libertad de expresión de los que mostraban la bandera pacíficamente en un espacio universitario. Para él, afirmar que

¹⁰⁹ Mismo método de análisis utilizado en el caso *Partido Popular Democrático Cristiano c. Moldavia*.

esta libertad protege a quienes han privado a otro, sin justificación alguna, de la misma, supone una contradicción constitucional, y no puede prestarse cobertura a una conducta expresiva como la que constituye el objeto de este proceso.

Ahora bien, Hernández García señala que no se identifica tipicidad en la conducta. Rajar la bandera en el contexto en el que se produjo no es una acción adecuada para lesionar el bien jurídico que se protege en el art. 543 CP. Las exigencias derivadas del principio de tipicidad hacen que se susciten intensas dudas sobre la adecuación de la redacción del artículo a las mismas. En este sentido, comparte lo expuesto por los magistrados Xiol y Balaguer en su voto particular de la STC 190/2020: la imprecisión sobre el significado y alcance de los elementos que integran el tipo es muy alta. Esto genera un riesgo, igualmente alto, de afectación de las notas de predictibilidad y accesibilidad que deben estar presentes en toda norma penal, derivado del principio de legalidad penal material. Por ello, los riesgos de desbordamiento de la intervención penal, así como los de colisión con derechos fundamentales resultan evidentes.

Aunque la STC no apreciase que el precepto fuese inconstitucional (en ese caso, debería haberse planteado una autocuestión), esto no significa que cualquier aplicación del tipo penal sea conforme a las exigencias de tipicidad y lesividad. Y que exista un pronunciamiento en un recurso de amparo no exime a los jueces de una interpretación estricta de los elementos objetivos del delito para el caso concreto.

Para el magistrado, la restricción debe proyectarse sobre dos planos: el primero, en relación a la finalidad protectora de la norma y, el segundo; en atención al objeto de la acción.

Sobre el primer aspecto, tal y como defienden los magistrados Xiol, Balaguer y Conde-Pumpido en sus votos particulares, tenemos que entender que la bandera, precisamente por ese componente simbólico genera sentimientos de adhesión, pero también de rechazo en quienes no comparten lo que simboliza. Ambas expresiones, las de unión y rechazo, merecen la misma protección constitucional. La protección a este amplio espectro de opiniones es lo que caracteriza a nuestro modelo constitucional, dotando de pleno sentido al sistema de libertades. Nuestra Constitución adopta como uno de sus valores centrales la pluralidad, alejándose de fórmulas de democracia militante y es por ello que la protección penal de los símbolos no debe utilizarse para promocionar la adhesión ni para limitar, por la vía del castigo, el rechazo. Es necesaria una interpretación muy estricta para neutralizar

los riesgos de castigo a la no adhesión y para evitar un “patente derroche de coerción penal¹¹⁰”.

No todas las conductas que expresen rechazo a los símbolos de España o las CC.AA. son merecedoras de sanción penal, pues no todas reúnen la idoneidad para dañar el bien jurídico protegido. Este bien es, como señala la STC 190/2020, “el mantenimiento del propio orden político”. Ello obliga a que deba existir una clara relación entre la acción ultrajante y la función representativa del símbolo para poder realizar una imputación de la lesión. Parece claro que ese nivel de afectación no puede lograrse por cualquier expresión que recaiga sobre todo tipo de representación gráfica de la bandera y sin tener en cuenta el contexto en el que se produce.

Este planteamiento nos lleva a analizar el segundo plano a tener en cuenta; el objeto. El TC ha establecido que los objetos a los que se refiere el art. 543 CP deben cumplir “una función representativa”. La pregunta es si cualquier plasmación gráfica de los colores característicos de la bandera española incorpora esa función representativa a efectos del art. 543, lo que justificaría su castigo penal en caso de ultraje.

Tal y como señala el magistrado, muy acertadamente a mi parecer, “no puede ocultarse el creciente riesgo de trivialización de los símbolos nacionales y autonómicos. Estos aparecen en los formatos más variados y objetos más insólitos -mecheros, pulseras, gorras, camisetas, bufandas, mascarillas, carteles electorales, rótulos comerciales, conservas alimenticias, etc.-”. Este uso reduce de manera significativa la función integradora de la que hablaba la STC 94/1985. El contexto comercial y partidista en la utilización del símbolo acota las condiciones que permiten identificar esa carga simbólica y constitucional, que en definitiva es la que le hace merecedor de esa especial protección.

En este punto, D. Javier Hernández se plantea varios supuestos, preguntándose si serían merecedores de sanción penal. Por ejemplo, ¿cabría castigar a alguien que se queja de la presencia de banderines con la bandera de España en unas fiestas populares al grito de “*puta bandeira*” (en relación al caso Fragoso)? O en una manifestación en la que se enarbolan cientos de banderas de España con reivindicaciones fuertemente identitarias ¿debería castigarse a quien rasgue su propia bandera delante de los manifestantes rechazando la propuesta de los que la enarbolan? La bandera utilizada para mostrar la no adhesión o el rechazo a la propuesta identitaria, ¿queda protegida frente al ultraje? Si estuviésemos en un contexto de enfrentamiento deportivo, ¿romper o quemar una bufanda

¹¹⁰ Terminología constitucional clásica, STC 136/1999.

con los colores nacionales se consideraría ultraje? ¿es un símbolo penalmente protegido? Los escenarios son infinitos.

En su voto particular, el magistrado opina que la aplicación del art. 543 CP debería limitarse a los ultrajes que recayesen sobre aquellos símbolos que estén desempeñando una clara y reglada función representativa según lo establecido en la Ley 39/81. Es la función en estos contextos oficiales la que otorga a los símbolos su pleno valor de representatividad de la colectividad.

También la STC da argumentos para sostener esta interpretación estricta, que rechaza el amparo debido al contexto oficial y solemne del izado de la bandera en un cuartel militar donde se profieren las expresiones. Aunque a la vista del sentido del pronunciamiento del TEDH, surge la duda de si ni siquiera en estos casos cabría dictar una condena sin vulnerar el derecho a la libertad de expresión.

Aunque el mismo Tribunal, en el caso Sinkova c. Ucrania, descartó que se hubiese lesionado el derecho a la libertad de expresión de la demandante, que había sido condenada por un delito de ofensas a los símbolos nacionales. La Sra. Eufrosia, miembro de un sindicato, se dirigió en compañía de otras personas al monumento “la Gloria Eterna a los Caídos en la Segunda Guerra Mundial”, donde se situaban las tumbas de 32 soldados. La acusada tomó una sartén, rompió unos huevos en ella y comenzó a freírlos sobre la llama permanente del monumento con el objetivo de protestar por la política energética del gobierno ucraniano.

Por todo lo expuesto, el magistrado concluye su voto diciendo que los acusados actuaron de manera injusta al arrebatar y rajar la bandera, lesionando el derecho a la libertad de expresión de terceros, pero esa conducta no puede subsumirse, por su objeto, en el tipo penal del art. 543 CP.

8. CONCLUSIONES

Creo que es innegable que vivimos en un ambiente extremadamente polarizado, fruto del devenir histórico de nuestro país. Nuestros símbolos se han mantenido intactos desde la vuelta de la democracia tras la dictadura franquista, ignorándose los profundos cambios sociales que se han producido y la evolución del significado de nuestros emblemas nacionales. Los momentos más críticos para nuestro país (como la crisis de 2008) han sido

la cuna de movimientos de diversa índole que han acabado materializándose en partidos políticos como Podemos o VOX.

Tampoco puede obviarse el desprestigio de nuestra forma de Estado, la monarquía constitucional, que en sus inicios se erigió como la salvación frente a la dictadura y que, tras varios escándalos, se pone, justificadamente, en cuestión. Nuestro modelo de país ha quedado marcado por numerosos casos de corrupción, actitudes democráticamente muy cuestionables, como el reciente bloqueo de la renovación del Consejo General del Poder Judicial, a la vez que los movimientos independentistas o de fuerte carácter identitario han cogido fuerza. La rojigualda no puede significar a día de hoy lo mismo que durante la Transición, ya no es un pacto entre republicanos y franquistas que ceden y dejan atrás sus enseñanzas a cambio de la búsqueda de un símbolo de unidad. Por mucho que se insista en seguir atribuyendo a la bandera ese poder de cohesión y de unidad, la realidad muestra todo lo contrario. La bandera de España, actualmente, es un símbolo de que representa unos valores concretos (sobre todo, si se incluye el escudo monárquico), independientemente de lo que se establezca en el papel. No es un significado que haya adquirido de forma voluntaria, es un significado que le ha sido atribuido cuando ha sido empleada para la defensa de unas determinadas ideas. La bandera, como cualquier símbolo, forma parte de nuestro lenguaje y, como tal, muta. No es coincidencia, a mi parecer, que la bandera española sea mostrada con orgullo en aquellas manifestaciones que atentan directamente contra los derechos de las personas, especialmente de las minorías. El español muestra con orgullo su bandera frente a los migrantes, las personas racializadas, los trabajadores, el colectivo LGTBI, los defensores del medioambiente y una interminable lista. En el momento en el que escribo estas líneas, el partido de extrema derecha VOX ha publicado una campaña que muestra una mano, ataviada con una pulsera de España, lanzando a una papelera, como si fuesen basura, diversos símbolos como la bandera del colectivo LGTBI, el símbolo feminista, o la Agenda 2030. No creo que sea de recibo exigir a ninguna de las personas que verdaderamente se sienten implicadas y representadas por alguno de estos movimientos que lo hagan de igual forma con la bandera que se está utilizando para tratarlos pública e institucionalmente como basura.

No quiero pecar de subjetividad, pero creo que todos sabemos que ninguna aplicación literal de la Ley es justa, y mucho menos cuando estamos hablando de derechos fundamentales. Son incontables las veces que aparece la palabra “contexto” en este trabajo, lo cual revela su importancia a la hora de interpretar el Derecho. Si la bandera que antes era

de todos se utiliza como espada para atacar a unos pocos, debería protegerse a quien se defiende con la misma arma.

Uno de los aspectos fundamentales que me gustaría destacar es que la persecución penal de los derechos fundamentales tiene consecuencias muy graves para nuestro sistema democrático. Ya se ha explicado exhaustivamente una de ellas, el efecto de desaliento. Si se persiguen determinados discursos, la sociedad acabaría inhibiéndose de opinar por miedo al castigo que pueda recibir.

Otro de los efectos que se dan, esta vez en relación a los tribunales, es el “efecto imitación”. Si los jueces ven que se aplican este tipo de castigos y se amparan por órganos como el Tribunal Constitucional, poco a poco irá aumentándose el listón y castigando un mayor número de mensajes que se consideren contrarios al orden establecido o haciéndolo con mayor gravedad (a nadie se le escapa la tendencia existente, criticada por toda la doctrina penal, de endurecer las penas).

También en este ámbito se produce el famoso “efecto *Streisand*”. Así se conoce al fenómeno en el que el intento de ocultar una determinada información (por ejemplo, críticas al Estado español, la Monarquía, etc.) acaba siendo contraproducente, pues la persecución lo hace aún más visible. Así ocurrió con los casos de Valtònyc y Pablo Hasél.

Y el último de los efectos, quizá el más grave para el conjunto de la sociedad, es el llamado “efecto pendiente resbaladiza”. Lo que significa, en definitiva, es que la desprotección llama a más desprotección y “la pendiente que bajamos a toda velocidad no es sino un pozo sin fondo donde caen libremente los derechos fundamentales democráticos¹¹¹”.

En cuanto al caso que ha servido de hilo conductor para todo este trabajo, considero que era evidente que el fallo adoptado por el TC en su sentencia 190/2020 era altamente cuestionable. Que la decisión fuese tomada por seis votos frente a cinco es una señal clara de división frente a un asunto delicado y, lejos de disipar dudas, fomenta las especulaciones sobre la politización de este órgano y cuestiona uno de los pilares fundamentales de nuestro ordenamiento como es la división de poderes.

La sentencia condenatoria del TEDH iba a ser cuestión de tiempo y, finalmente, así fue: el 8 de junio de 2023 conocimos la undécima condena a España por vulnerar el derecho fundamental a la libertad de expresión. El Tribunal europeo se fundamenta en argumentos que ya había utilizado previamente y que los magistrados del TC conocían (o podían

¹¹¹ *Op. cit.* nota 79, p. 367.

conocer) perfectamente, lo cual hace más sorprendente la decisión que tomaron en su momento. Más allá de algún matiz que a mi parecer es muy interesante (como la negación de que los ultrajes constituyan una ofensa mediata a aquellos que se sienten representados por los símbolos), la sentencia del TEDH no presenta ninguna novedad. Habrá que ver si este pronunciamiento hace que nuestro TC vuelva al camino que seguía anteriormente, en el que la libertad de expresión era un valor central de nuestro ordenamiento y contaba con una protección privilegiada o si, por el contrario, mantiene esta tendencia en la búsqueda de una nueva condena, a pesar del cambio en la composición del Tribunal. Quedaremos a la espera de ver si el caso fallado por el Supremo llega al Tribunal Constitucional y, en su caso, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Creo que este caso es particularmente interesante porque, a mi parecer, es más fácilmente subsumible en la conducta descrita por el tipo penal y en el término jurisprudencial de “ultrajar”. Ya no estamos ante insultos proferidos ante la bandera, estamos ante un ataque físico a la misma. Estos posibles pronunciamientos tendrían gran valor a la hora de establecer unos límites claros sobre qué conductas realizadas sobre y contra los símbolos nacionales son merecedoras de la protección que dispensa el derecho a la libertad de expresión. Si cualquiera de las sentencias fuese absoluta, debería reabrirse inminentemente el debate sobre la validez y vigencia de este tipo legal en nuestro ordenamiento pues, ¿encajaría en él alguna conducta que no estuviese protegida por la libertad de expresión o contemplada en otra figura penal (como podrían ser los desórdenes públicos)?

Es cuestionable que nos encontremos ante situaciones que realmente sean merecedoras de una tutela penal y su consiguiente castigo. En aras del carácter fragmentario del Derecho Penal y considerando, como hemos visto, que estas figuras son difícilmente compatibles o conciliables con la libertad de expresión e ideológica, parece lógico abogar por una perentoria supresión de este tipo penal en nuestro Estado social y democrático de Derecho.

9. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE MARTÍNEZ, M. Á. (2023) “La libertad de expresión y sus límites en torno a los símbolos del Estado”, en A. DE PABLO SERRANO (coord.), *La libertad de expresión asediada. Delitos de odio, delitos de opinión, censuras de Gobiernos y de empresas*, Aranzadi.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2021). “Libertad de expresión y ultraje a la bandera de España. Comentario a la STC 190/2020, de 15 de diciembre”. *Foro (nueva época)*, 24(1).

BENLLOCH PETTI, G. (2001). “El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 54 (1).

BILBAO UBILLOS, J. M^a. (2022). “La protección penal de los símbolos nacionales. El delito de ultraje a la bandera”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 126.

BILBAO UBILLOS, J. M^a. (2021) “El delito de ultraje a los símbolos nacionales (a propósito de la STC 190-2020)”, *Blog de la Asociación de Constitucionalistas de España*, disponible en: <https://www.acoes.es/el-delito-de-ultraje-a-los-simbolos-nacionales-a-proposito-de-la-stc-190-2020/>

CABELLOS, M. A. (2021). “Un paso adelante y dos atrás: la cambiante jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional sobre libertad de expresión”, *Revista Catalana de Dret Públic* [blog], 19-5-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3dS6H7s>

CARMONA SALGADO, C. (1991), *Libertad de expresión e información y sus límites*, Instituto de Criminología de Madrid y EDERSA, Madrid.

CARMONA SALGADO, C. (2016). “A vueltas con las propuestas despenalizadoras de ciertas conductas contra determinadas instituciones públicas, organismos de la nación, emblemas y símbolos”, *Cuadernos de Política Criminal*, 119.

CUERDA ARNAU, M. L. (2022). “La regresión de la doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Boletín Oficial del Estado.

DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2019) “Libertad de expresión y Derecho Penal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7.

DE VEGA GARCÍA, P. (1997), “En torno al concepto político de Constitución” en M. Á. GARCÍA HERRERA (coord.), *El constitucionalismo en la crisis del estado social*.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2019), *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Valencia, Tirant lo Blanch.

LLABRÉS FUSTER, A. (2015). “Artículo 543: de los ultrajes a España”, en M. GÓMEZ TOMILLO y A. JAVATO (dirs.). *Comentarios Prácticos al Código Penal*, tomo VI.

MORENO LUZÓN, J. (2014). *Cuidado con los símbolos*. El País, 9-1-2014. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2014/01/02/opinion/1388659346_129752.html

SÁIZ ARNÁIZ, A. (2021) “La libertad de expresión en el Tribunal Constitucional: de espaldas y a escondidas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Blog de la Asociación de Constitucionalistas de España*, octubre de 2021. Disponible en <https://www.acoes.es/libertad-de-expresion-en-el-tribunal-constitucional-de-espaldas-y-a-escondidas-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos/>

SANTANA VEGA, D. M. (2009). “El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas ¿Protege algún bien jurídico-penal?”, *Cuadernos de Política Criminal*, 99.

SMEND, R. (1985). *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales.

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

TRONCOSO, A. (2018). “Artículo 4º”, en P. PÉREZ TREMPES y A. SÁIZ ARNÁIZ (dirs.), *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch.

VÁZQUEZ ALONSO, V. (2021). “Hasél II o la persecución penal de la inquina (a propósito de un texto de Jacobo Dopico)”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 21.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Handyside c. Reino Unido (1976)

Castells c. España (1992)

Steel y otros c. Reino Unido (1998)

Hashman y Harrup c. Reino Unido (1999)

Fuentes Bobo c. España (2000)

Partido Popular Demócrata Cristiano c. Moldavia (2006)

Otegi Mondragón c. España (2011)

Von Hannover c. Alemania (2012)
Axel Springer AG c. Alemania (2012)
Tatár y Fáber c. Hungría (2012)
Murat Vural c. Turquía (2014)
Shvydka c. Ucrania (2014)
Sylka c. Polonia (2014)
Stern Taulats y Roura Capellera c. España (2018)
Sinkova c. Ucrania (2018)
Handzhiyski c. Bulgaria (2021)
Erkizia Almandoz c. España (2021)
NIT S.R.L c. Moldavia (2022)
Fragoso c. España (2023)

Tribunal Constitucional

STC 94/1985
STC 107/1988
STC 121/1989
STC 118/1992
STC 119/1992
STC 78/1995
STC 79/1995
STC 46/1998
STC 15/2004
STC 127/2004
STC 76/2007
STC 177/2015
STC 24/2019

STC 35/2020

STC 190/2020

STC 192/2020

STC 133/2021

Tribunal Supremo

STS 134/1981

STS 375/1982

STS 1780/1985

STS 1362/1989

STS 377/1990

STS 1112/1996

STS 56/1997

STS 161/2015

STS 983/2916

STS 4/2017

STS 386/2020

STS 1175/2022

Audiencia Nacional

SAN 20/2016

Audiencias Provinciales

SAP Valencia 1ª 102/1999 de 24 de marzo

SAP Guipúzcoa 2ª 23-1-2002 ARP 2002,581

SAP Girona, 2ª, 754/2005, de 29 de julio

SAP Barcelona, 7ª 551/2020, de 30 de octubre

Juzgados de lo Penal

SJP Madrid, núm. 5, 28/2008

Jurisprudencia norteamericana

West Virginia State Board of Education v. Barnette (1943)

Texas v. Johnson (1989)