

EL DELITO DE ULTRAJES A ESPAÑA Y A SUS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: ¿PROTEGE ALGÚN BIEN JURÍDICO-PENAL?

DULCE M^a SANTANA VEGA*

RESUMEN: Este artículo se ocupa de los ultrajes a España, a sus Comunidades Autónomas y a sus símbolos desde la perspectiva crítica que proporciona el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales y el Derecho comparado anglosajón.

PALABRAS CLAVES: Delitos contra la Constitución, Ultrajes, delitos contra el honor de las personas jurídico-públicas, protección jurídico-penal de sentimientos

ABSTRACT: This article deals with the criminal offense to Spain, its regions and its symbols from the critical perspective that gives the principle of exclusive protection of criminal law goods and comparative, specially, the Anglo-saxon criminal law.

KEY WORDS: Crimes against the Constitution, Offense to the State, Insults, Afronts to the flags, criminal protection of the feelings,

SUMARIO: I. Planteamiento: un supuesto de hecho y la previsible consecuencia jurídica.– II. Evolución histórica de la punición de los ultrajes.– III. Breve referencia al Derecho comparado.– IV. La cuestión del bien jurídico-penal protegido: 1. Posturas que defienden la existencia de un bien jurídico penal en el delito de ultrajes: a) El honor de las personas jurídico-públicas. b) El prestigio de las instituciones. c) El orden público y/o la paz social. d) Los sentimientos colectivos. 2. Posturas que niegan la existencia de un bien jurídico-penal en el delito de ultrajes.– V. Los elementos del tipo delictivo: 1. La conducta. 2. Publicidad. 3. Objeto material. 4. Los sujetos. 5. Tipo subjetivo. 6. Elementos negativos del tipo. 7. Concursos.

* Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

I. PLANTEAMIENTO: UN SUPUESTO DE HECHO Y LA PREVISBLE CONSECUENCIA JURÍDICA

El veinte de enero de 2006 el recientemente fallecido actor, guionista y director de teatro galaicocatalán, Pepe Rubianes fue objeto de una entrevista, con motivo de la obra teatral que dirigía, “Lorca somos todos”, en el programa de sobremesa de la televisión autonómica catalana TV3, denominado “El Club”. Al final de la citada entrevista, le fue dirigida una batería de preguntas por el periodista y presentador del programa Albert Om Ferrer. En el contexto de una de ellas, el mencionado periodista le comentó: “Un día va a venir el Josep Piqué y le va a demandar”, preguntándole a continuación: ¿Cree Usted que la unidad de España está en peligro? A lo que el citado Rubianes respondió: “A mi la unidad de España me suda la polla por delante y por detrás...que se metan a España ya por el puto culo a ver si les explota dentro y les quedan los huevos colgando de los campanarios”; que se vayan a cagar a la puta playa con la puta España...que llevo desde que nací con la puta España... Que se vayan a la mierda con el país y dejen de tocar los cojones...”¹.

Establece el vigente artículo 543 del Código penal de 1995 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».

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PUNICIÓN DE LOS ULTRAJES

El origen de este precepto se remonta a los inicios del siglo pasado y, más concretamente, a la Ley de 23 de marzo de 1906 “sobre represión de los delitos contra la Patria y el Ejército”, conocida como “Ley de Jurisdicciones”². Esta Ley fue promulgada en el contexto de crisis del “sentimiento nacional español” y bajo la presión

¹ Hechos extraídos del Auto del Juzgado de Instrucción N° Cinco de Sant Feliu de Llobregat, de 4 de mayo de 2007.

² Disponía su art. 21 que «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.»

del Ejército, el cual veía con recelo y hostilidad el desarrollo de los nacionalismos catalán y vasco³.

Con posterioridad este delito se incorpora al Código penal de 1928 (art. 231), desapareciendo en el Código penal republicano de 1932, y volviendo a resurgir más adelante en la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941. De aquí pasa al Código penal de la posguerra civil de 1944. En 1967 se incluye, además, la referencia a la forma política, como un mecanismo más de protección del régimen franquista ante cualquier forma de disidencia⁴.

El Código penal de 1973 mantuvo esta regulación, la cual siguió vigente, incluso, tras la aprobación de la Constitución de 1978, modificándose, nuevamente, ante la presión militar y en el contexto de la eclosión terrorista, mediante 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. El artículo 10 de dicha disposición agravaba los ultrajes a la bandera de España, presumiendo su publicidad, y castigaba con menos pena los ultrajes a las banderas de las Comunidades Autónomas. Los apartados 2 y 3 de este artículo, al no tener el rango de ley orgánica e imponer restricciones de derechos fundamentales fueron declarados inconstitucionales⁵.

El Código penal de 1995 mantiene el delito de ultrajes, pero sometiéndolo a un sustancial recorte punitivo y depurando la redacción anterior. En este sentido: (a) deja de considerarse como un

³ En esta Ley se asimilaba las ofensas a la Nación y a su bandera a la perpetrada contra las regiones, provincias, ciudades y pueblos (art. 2º). Cfr. ÁLVARO DUEÑAS, “Poder militar y práctica política en el reinado de Alfonso XIII: De la suspensión de garantías constitucionales en Barcelona a la Ley de Jurisdicciones”, en www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_065_259.pdf, pp. 270 y ss.; Cfr. también, TAMARIT i SUMALLA, Libro II: Título XXI (Art. 543), en Quintero Olivares/Morales Prats, Comentarios al Nuevo Código penal, Aranzadi, 4ª ed., 2005, p. 2443.

⁴ El artículo 123 prescribía que: “Los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o su forma política, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor; y si tuvieran lugar con publicidad, con la de prisión mayor” Críticamente, ya entonces con la redacción del tipo de 1967 y la referencia a la forma política, CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código penal, T. III, Ariel, 1978, pp. 33 y 35.

⁵ En concreto, se declararon inconstituciones, y por tanto, nulos los apartados 3 (por Sentencia 118/1992, de 16 de septiembre, del Pleno del Tribunal Constitucional, B.O.E. nº 247, de 14 de octubre de 1992) y 2 (por Sentencia 119/1992, de 18 de septiembre, del Pleno del Tribunal Constitucional, B.O.E. nº 247, de 14 de octubre de 1992) del citado artículo 10 de la mencionada Ley. Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, “La protección penal de las banderas de las comunidades autónomas. Ultrajes a la bandera y libertad de expresión. (Comentario a la STC de 18 de septiembre de 1992)”, en ADPCP (45), 1992, p. 1134 y ss.

delito de traición, aunque para ello haya tenido que crearse un capítulo especial —el VI— al final del Título XXI, relativo a los delitos contra la Constitución; (b) se suprime la referencia a la forma política y al sentimiento de unidad y se sustituye los términos de Nación española por España; (c) se protege en condiciones de igualdad al Estado y a las Comunidades Autónomas; (d) se exige, en todo caso, que los ultrajes se realicen con publicidad; (e) se sustituye la pena de prisión por la de multa.

III. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

En el Derecho comparado europeo existen tipos de análoga factura, si bien el ámbito de lo punible varía en extensión y gravedad. Así, en Francia, el artículo 433-5-1 del Código Penal, según una reciente reforma realizada por la Ley N° 239/2003, de 18-3, establece que:

«El hecho de ofender públicamente, en el curso de un evento organizado o reglamentado por las autoridades públicas, el himno nacional o la bandera tricolor será castigado con una multa de 7.500 euros. Cuando el hecho se cometa en grupo el ultraje será castigado con seis meses de prisión y 7.500 euros de multa».

En Italia, el artículo 291 del Código penal castiga el vilipendio alla nazione italiana, siempre que se realice públicamente, con pena de reclusión de uno a tres años. Por su parte el artículo 292 (Vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato) sanciona las «expresiones injuriosas contra la bandera y otros símbolos del Estado con multas de entre 1.000 y 5.000 euros», aunque «destruir, deteriorar, volver inservible o manchar la bandera nacional está penado con reclusión de dos años»⁶. Quedan excluidas las banderas regionales, pero se incluyen cualquier objeto que contenga los colores de la bandera nacional⁷.

En Alemania, el delito de ultrajes está recogido con profusión y extensión, tanto en lo concerniente a las conductas atentatorias, como en lo que se refiere a los objetos materiales sobre los que han

⁶ A diferencia de España, en Italia su Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia, considerando legítimo el vilipendio de las instituciones (20/1974 y 7/1975). Críticamente al respecto, ANATOLI, *El Derecho penal entre ser y valor* (trad. A. Bonano), B. de F., 2003, p. 248.

⁷ Coincide la Doctrina italiana, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Speciale, II, Giuffrè, 13ª ed., 2000, p. 612 y ss.; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, Parte Speciale, I, Zanichelli, 3ª ed. 2006, p. 98 y ss., en entender como nación italiana a “la comunidad de los italianos en cuanto constituyen una unidad étnica, política, social y natural, originada de la comunión milenaria de lengua, de costumbres, de necesidades y de aspiraciones”.

de recaer aquéllas⁸. Además, no sólo se protegen los símbolos federales y de los länder, sino también la bandera y altos símbolos representativos de los estados extranjeros (parágrafo 104 del StGB).

Los partidarios del mantenimiento de este precepto en el Código penal español suelen alegar los Derechos comparados aludidos, como un ejemplo de normalidad democrática. Sin embargo, no habría que olvidar que España, junto con Alemania e Italia, son tres estados europeos con antecedentes fascistas y que Francia tiene una fuerte tradición nacional y centralista. De hecho, como se ha visto, la punición de los ultrajes en tal país se circunscribe a los símbolos nacionales, no abarcando los dirigidos contra las regiones o departamentos y sus símbolos. Sin embargo, no se suele hacer referencia a que países como Turquía⁹ o Cuba¹⁰ casti-

⁸ En concreto, el § 90a del StGB (Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole) castiga a: «(1) Quien públicamente, en una reunión o mediante la difusión de escritos: 1. Insulte o falte intencionadamente al respeto a la República Federal de Alemania, a algunos de sus Länder, o al orden constitucional. 2. Denigre los colores, la bandera, el escudo o el himno de la República Federal de Alemania o de alguno de sus länder, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa». (2) Igualmente será castigado quien descuelgue, destruya, dañe, haga inservible o irreconocible la bandera que ondee públicamente de la República Federal de Alemania o de uno de sus Länder o uno de los altos símbolos de la República Federal de Alemania o de uno de sus Länder, usados públicamente por una Autoridad o realice sobre ellos actos ultrajantes. (3) La pena privativa de libertad se eleva hasta cinco años o multa cuando el autor se vale intencionadamente de la acción con la finalidad de atentar contra la existencia de la República Federal de Alemania o contra sus principios constitucionales». Cfr. LACKNER/KÜHL, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Beck, 26ª ed., 2007, p. 490 y ss.; LAUFHÜTTE/KUSCHEL, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Gruyter, 12ª ed., 2007, p. 153 y ss.; RUDOLPHI/HORN, Systematischer Kommentar Strafgesetzbuch, Günther, 2001, p. 59 y ss. En cuanto al denominado “privilegio de los partidos políticos” del art. 21 de la GG, mientras DREHER/TRÖNDLE, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beck, 45ª ed, 1991, p. 689, consideran que no constituye una causa de justificación para este delito, LACKNER/KUHL, Strafgesetzbuch..., 2007, p. 491, estiman que por el mismo no cabría, en estos casos, pena alguna.

⁹ El artículo 301 de su Código penal turco castigaba las ofensas a “la identidad turca”. Precepto que, debido a su nivel de indeterminación, dio lugar a una represión generalizada de la divergencia cultural y política, siendo recientemente modificado, después de numerosos avatares, ante la presión de la opinión pública internacional y, sobre todo, de la Unión Europea, la cual lo consideraba un escollo en la negociación de cara al ingreso en la misma. Especial relevancia tuvo el procesamiento del Nobel de Literatura de 2004 Orhan Pamuk por «insultar y menospreciar la identidad turca» en una entrevista dada a un periódico suizo en la que aludía a que 1.500.000 armenios en 1915 y 30.000 kurdos habían sido asesinados por Turquía. En enero de 2006 un tribunal archivó el proceso judicial.

¹⁰ El Código penal cubano de 1987 (art. 203), dentro de los delitos contra el orden público, castiga el ultraje a los símbolos de la patria con pena privativa de libertad de tres meses a un año o multa.

gan el delito de ultrajes o que Reino Unido, los Estados Unidos de Norteamérica o los Países Bajos no contemplan los ultrajes como infracción delictiva.

En efecto, en el Reino Unido, la democracia más antigua de Europa, no está penado el ultraje a la bandera, ni tampoco quemar fotos de los miembros de la Familia Real. El año pasado, tras algunos incidentes con jóvenes extremistas, algunos jefes policiales reclamaron que quemar banderas fuese ilegal. Pero una reforma en ese sentido resultaría bastante improbable en la tradición liberal anglosajona.

En los Estados Unidos de Norteamérica quemar la bandera no constituye delito. Es más, en un dictamen de 1989 del Tribunal Supremo de este país, se ampara la quema y otros actos de profanación de la bandera bajo el derecho a la libertad de expresión que defiende la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana¹¹.

IV. LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO

Este aspecto resulta de interés crucial en la exégesis de este delito, no sólo por la diversidad de posicionamientos doctrinales existentes cuando se trata de determinar qué bien jurídico-penal se protege en este delito, sino también por el cuestionamiento de si se tutela alguno en el mismo, lo cual conlleva un cuestionamiento de su legitimidad y de la viabilidad de su existencia en el Código penal.

1. POSTURAS QUE DEFIENDEN LA EXISTENCIA DE UN BIEN JURIDICO-PENAL

Para un sector de la Doctrina el delito de ultrajes es un tipo con bien jurídico-penal, si bien discrepan, con diversas construcciones,

¹¹ En el caso *United States v. Eichman* (110 S. Ct. 2404, 1990), el juez Brennan afirmó que “castigar la quema de la bandera diluiría la misma libertad por la cual ese símbolo es tan respetado”. Los jueces firmantes establecieron que “el gobierno no puede proscribir una idea por el mero hecho de que la sociedad la encuentre ofensiva o desagradable”. En el mismo sentido, *Texas vs. Jonson*, 491 U.S. 387 (1989). Cfr. FISS, “El efecto silenciador de la libertad de expresión”, en *Isonomía* (4), 1996, pp. 19-20 y 27. Recientemente, en el años 2006 y bajo la estela de los atentados terroristas de 2001, se presentó una enmienda por el senador republicano Orrin Hatch, según la cual “El Congreso tendrá el poder para prohibir la profanación física de la bandera de Estados Unidos”. Sin embargo, el Senado de EEUU la rechazó por 66 votos a favor y 34 en contra, quedándose, si bien es cierto, a sólo un voto de conseguir la mayoría de dos tercios necesaria para que el Senado hubiese aprobado una enmienda constitucional y la enviase a los estados para que éstos la ratificaran en referendo.

en la determinación de cuál es el realmente protegido. Dichas posturas son las que se enuncian a continuación.

a) El honor de las personas jurídico-públicas

Los autores que sostienen esta teoría parten de una apriorística aceptación consistente en el reconocimiento de que las personas jurídico-públicas (el Estado, las Comunidades Autónomas, los Municipios, la Provincia, etc.) tienen honor¹². En ocasiones esta concepción minoritaria se formula conjuntamente con la alusión a los bienes jurídico-penales que se mencionan a continuación (infra 4.1.2 y 3).

Las nuevas concepciones sobre el derecho fundamental al honor hacen difícil sostener que tales personas jurídico-públicas o institucionales pueden ser titulares del bien jurídico-penal honor. Esto es así porque si éste es entendido como dignidad, la misma sólo es predicable con relación a los seres humanos. Pero es que si se equipara a fama, reputación o buen nombre, más que a las personas jurídico-públicas en sí, habrá una referencia a una acción de gobierno o de la Administración Pública (“España asesina”, porque, por decisión de un gobierno, se vende armas a una país en una contienda bélica; “España cacique”, porque en una determinada Administración pública un grupo de funcionarios o autoridades públicas actúan mediante prebendas, etc.)¹³.

Además, la concepción personalista del bien jurídico-penal honor, derivada del artículo 10.1 de la Constitución española y de su consideración como derecho fundamental, el cual solo puede tener como titular al ser humano, hace muy difícil sostener la titularidad del honor del Estado, la nación española o de una comunidad autónoma¹⁴.

¹² Cfr. COLINA OQUENDO, “Artículo 543”, en L. Rodríguez Ramos, Código Penal Comentado y con Jurisprudencia, La Ley, 2005, p. 909, quien considera a este delito como un equivalente de las injurias; LÓPEZ PEREGRÍN, La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos, Tirant lo Blanch, 2000, p. 169 y ss., si bien se muestra partidaria de reconocer el honor de las personas jurídico-públicas que tengan fines propios, reconoce que el interés general dará lugar a que las críticas a las mismas den un mayor margen al riesgo permitido. Tampoco han faltado sentencias, como la STS de 6-12-1985, que consideraban a los ultrajes un tipo agravado del tipo genérico de injurias; también, CASTIÑEIRA PALOU, ADPCP (45), 1992, p. 1134.

¹³ Sobre las dificultades de mantener, en condiciones de igualdad, el honor para las personas jurídicas y colectividades, CARDENAL MURILLO/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Protección penal del honor, Civitas, 1993, p. 78 y ss.

¹⁴ En la Doctrina alemana, para soslayar tales críticas se acude a la consideración de que su finalidad es la protección de la dignidad de la República Federal,

Es cierto que uno de los argumentos que se esgrimen para fundamentar la punición de los ataques contra el honor de las personas jurídico-públicas es el de que existe el peligro de deformar la opinión pública con informaciones no veraces, las cuales se pueden articular a través de expresiones deshonrosas, incardinadas en los delitos de ultrajes a España o sus Comunidades Autónomas. Sin embargo, no habría que desconocer que el contraste de opiniones no sólo fortalece la madurez democrática de una sociedad, sino que contribuye a fomentar el sentido crítico de los ciudadanos, el cual se ve mediatizado o cercenado por la intervención penal.

En suma, como se ha puesto de manifiesto en la Doctrina española, de forma mayoritaria, la extensión de la protección del honor más allá de la persona física conlleva el peligro de restringir la libertad de expresión en general y la crítica política en particular¹⁵. De ahí que el interés general en potenciar un debate abierto sobre temas de interés social aconseje propugnar la destipificación de las críticas, por muy duras y minoritarias que sean, a los entes públicos y al poder político.

En un Estado social y democrático de Derecho la difusión o expresión de ideas, doctrinas, elogios o críticas hacia opciones políticas, incluyendo la forma de gobierno o de Estado, han de quedar fuera del marco penal por muy heterodoxos, duros o incisivos que puedan ser sus contenidos. La proclamación del pluralismo político, como valor superior del ordenamiento jurídico, supone tanto como declarar que la discrepancia, incluso la más radical, siempre que no entrañe violencia, no es algo a perseguir, sino un valor a proteger¹⁶.

b) El prestigio de las instituciones

En la Doctrina alemana se acude para justificar la existencia del homólogo precepto “al prestigio de las instituciones”, el cual estaría representado por sus emblemas, escudos y banderas ultrajadas o al “alto rango de los citados símbolos”¹⁷. Pero el prestigio,

de sus Länder, del ordenamiento constitucional y de determinados altos símbolos estatales o de los länder contra los actos denigratorios contra ellos dirigidos. Cfr. HEFENDEHL, “El bien jurídico como eje material de la norma penal” (Trad. M. Martín Lorenzo), en R. Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, 2007, p. 194.

¹⁵ CARMONA SALGADO, “Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad, imagen”, en CPC (56), 1995, p. 416.

¹⁶ Este fenómeno se hace más evidente en los casos de la delincuencia por convicción, BAUCCELLS i LLADÓS, *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 409; pp. 41, 42 y 49.

¹⁷ Vid. supra, n. 8.

además de ser una circunvalación hacia el bien jurídico-penal honor, introduce unos mayores niveles de indeterminación y mayores necesidades de valoración, lo que es aun menos deseable, sino se quiere menoscabar las libertades ideológica y de expresión.

Además, puestos a proteger el prestigio del Estado y de las Comunidades Autónomas no se entiende porqué se ha de detener el Código penal en este nivel de la organización territorial del Estado, pues también interesaría que tuvieran prestigio los municipios, provincias, diputaciones provinciales y cabildos insulares, en la línea de precedentes puniciones. Los sempiternos pleitos entre municipios vecinos (“de arriba” y “de abajo”), las disputas provinciales (v. gr. Madrid-Barcelona, Granada-Sevilla, Valladolid-Salamanca, etc), el pleito insular canario o de un determinado ámbito territorial en el seno de una Comunidad Autónoma (el Bierzo-León), por citar sólo algunos ejemplos, pueden generar conflictos y merma del prestigio del municipio, provincia o región atacados o vilipendiados y con más frecuencia e intensidad que el del propio Estado o las Comunidades Autónomas.

Por otra parte, en los Estados sociales y democráticos de Derecho el prestigio de las instituciones no puede ser un objetivo en sí mismo, sino que es una consecuencia automática del correcto funcionamiento de aquéllas, lo que ya se protege por otros delitos del Código penal. Para conseguir que las instituciones tengan prestigio no hay que salvaguardar un hipotético y apriorístico honor de aquéllas¹⁸, ya que tal forma de proceder conduciría a una protección incondicional de las instituciones, lo cual es contrario al funcionamiento del Estado democrático. Esto es así porque la protección de aquél honor o prestigio de las instituciones reduce o elimina las citadas condiciones de participación de los ciudadanos, ya que limita la expresión pública de sus ideas y, por tanto, la crítica necesaria para enmendar o mantener aquel correcto funcionamiento¹⁹.

Además, para que estuviera legitimada la protección jurídico-penal del prestigio de las instituciones públicas debería estar constitucionalmente prevista la posibilidad de limitar las libertades de expresión e ideológica por aquélla, lo que no sucede²⁰. En efecto,

¹⁸ GALLO/MUSGO, I delitti contro l'ordine costituzionale, Patrón, 1984, p. 140.

¹⁹ MOCCIA, El Derecho penal..., 2003, p. 248 y ss.; MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, Reppertor, 8ª ed., 2008, p. 121.

²⁰ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJÁS, Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código penal, en EPCR (23), 2001, p. 229.

el artículo 20.4 de la Constitución española reconoce, como únicos límites de la libertad de expresión:

«... el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Como se puede observar no se encuentran entre los límites del artículo 20 el honor, los sentimientos colectivos hacia los símbolos o el honor o prestigio de las instituciones²¹, por lo que su castigo penal, más bien habría de ser considerado como una especie de “censura previa”. Por lo tanto, mantener la vigencia de este precepto inculpativo de la libertad de expresión supondría tanto como sostener que por encima de ésta y del pluralismo político se encuentra una concepción abstracta del honor de las instituciones públicas²², lo que vicia al artículo 543 de inconstitucionalidad.

Como ha puesto de manifiesto recientemente el Tribunal Constitucional, a propósito del artículo 607 del Código penal, (STC 235/2007, 7-11, F.J. 6):“La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que... nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político”

Y si esto es así, cómo se puede tolerar que sigan castigándose penalmente el ejercicio de la libertad de expresión plasmada en manifestaciones contrarias a símbolos y sentimientos nacionales o nacionalistas. La existencia de una respuesta penal en estos casos resulta desproporcionada y es un síntoma de debilidad democrática y del desconocimiento de que la crítica, incluso la más extrema, sólo puede causar el reforzamiento del sistema democrático²³.

²¹ Incurre en este error la SAP Baleares 2ª 171/1999, de 15-6, al argumentar que “ciertamente que el artículo 20 de la Constitución, consagra la libertad de expresión, pero tampoco es un derecho absoluto, sino limitado por las Leyes y la propia Norma Suprema”, considerando que el 543 puede limitar la libertad de expresión.

²² QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español, Parte especial, Bosch, 2ª ed., 1992, p. 761.

²³ En este sentido, la STC 235/2007, 7-11, f.j. 4, afirma que “Los derechos garantizados por el art. 20.1 CE, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica, sino que se configuran también como elementos conformadores

La libertad de expresión no puede quedar reducida a la libertad de expresión de opiniones “favorables” al orden preestablecido²⁴. La democracia supone un constante ejercicio de convivencia en la discrepancia no violenta que delitos, como el de ultrajes, dificulta seriamente, impidiendo el proceso de consolidación de aquélla.

c) El orden público y/o la paz social

Esta concepción puede calificarse de “cajón de sastre” en el intento de determinación del bien jurídico-penal protegido en el delito de ultrajes, ya que a ella recurren tanto los que niegan que este delito proteja algún bien jurídico²⁵, como los que parten de la creencia de que es necesario conservar en el Código penal común “un núcleo mínimo de delitos de ultraje”, como instrumento para subrayar el valor de los principios inherentes a una convivencia pacífica y ordenada en el marco de un sistema democrático y pluralista.

En el caso de estos últimos autores, se parte de la consideración de que los ultrajes son un atentado a la convivencia en los que se lesiona el orden público o la paz pública. En consecuencia, solo habrá que castigar el delito de ultrajes cuando éste represente un peligro concreto para aquéllos, respetándose así también el principio de ofensividad²⁶. Una variante de esta construcción sería la de aquéllos que exigen para que se de el delito de ultrajes que éste constituya una apología o provocación a la comisión de un delito de traición o del resto de las figuras de delitos contra la Constitución²⁷.

de nuestro sistema político democrático”, añadiendo la STC 174/2006, de 5-6, que la libertad de expresión comprende la libertad de 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 lo cuales no existe sociedad democrática”. Por su parte, el TEDH reitera que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno (SSTEDH Castells c. España, de 23-4-1992 [TEDH 1992, 1] y Fuentes Bobo c. España, de 29-2-2000 [TEDH 2000, 90], § 43).

²⁴ PUYOL MONTERO, Art. 543, en C. Conde-Pumpido, Código penal, Doctrina y Jurisprudencia, T. III, Trivium, 1997, p. 4690.

²⁵ Entre otros, cuestionan este precepto: CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, en T. S. Vives Antón Comentarios al Código penal de 1995, V. II, Tirant lo Blanch, 1996, p. 2061.

²⁶ Cfr. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJÁS, EPCR (23), 2001, p. 232, desde una perspectiva justificadora de su existencia.

²⁷ Así, GANZENMÜLLER/ESCUADERO/FRIGOLA, Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia y contra la Constitución, Bosch, 1998, p. 461.

Sin embargo, estas concepciones son también criticables porque añaden elementos no presentes en la configuración típica. De hecho, numerosos casos enjuiciados por ultraje no conllevan peligro alguno para el orden público o la paz social. Pero es que, además, en aquellos otros casos en que así fuera, la existencia de los delitos contra el orden público ya captarían este tanto de antijuridicidad²⁸ al que se uniría el derivado de la quema de banderas o el de las ofensas a España o a una Comunidad Autónoma.

Por otro lado, el acudir a un bien jurídico-penal tan genérico como la paz social, el cual en realidad es el denominador común de todos ellos, lejos de resolver el problema de determinación del bien jurídico protegido en los ultrajes, introduce unos mayores niveles de imprecisión, además de no conseguir separarse de aquello que se quiere obviar: la protección de sentimientos. En efecto, al definir el concepto de paz social o pública se alude al sentimiento de seguridad de la población, basado en la confianza en la seguridad jurídica general, de tal forma que al acudir a tales conceptos sólo se consigue una fachada de falsa racionalidad²⁹.

d) Los sentimientos colectivos

Otros autores consideran que lo que se protege en el delito de ultrajes del artículo 543 es la sacralidad, indemnidad o intangibilidad de determinados sentimientos hacia valores colectivos, extensibles a los símbolos que los representan. Incluso, no faltan quienes encuentran un fundamento constitucional en “la necesidad de proteger el sentimiento de pertenencia nacional y autonómica”³⁰.

²⁸ Así, CASTIÑEIRA PALOU, ADPCP (45), 1992, p. 1134.

²⁹ HÖRNLE, “La protección de sentimientos en el StGB” (trad. M. Martín Lorenzo), en R. Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, 2007, p. 384 y ss. postula la derogación de los párrafos referidos a los ultrajes; ROXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?” (trad. I. Ortiz de Urbina), en R. Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, 2007, p. 451, incluye entre los tipos penales simbólicos que no sirven a la protección de bienes jurídicos, aquéllos que persiguen fines extrapenales como la presentación de una buena imagen del Estado, aunque no se refiere, expresamente, al párrafo 90a del StGB.

³⁰ BLANCO LOZANO, *Tratado de Derecho penal español*, T.II, V.II, *Delitos contra bienes jurídicos colectivos*, Bosch, 2005, p. 642, alude a la identidad nacional y autonómica; DE LA ROSA CORTINA, “Libertad de expresión y Derecho penal: zonas de conflicto”, en RPJ (85), 2007, p. 340, admite también que, en un segundo plano, se protege la dignidad y honor de los miembros de la Nación española y de sus Comunidades.

El delito de ultrajes protegería el derecho de los ciudadanos a no ser atacados o menospreciados en los sentimientos que les inspiran ciertos símbolos oficiales del Estado o de las Comunidades Autónomas, de tal manera que las ofensas a éstos redundan en una ofensa a todos los que se identifican como miembros de una comunidad histórica nacional o territorial, configurándolo como un bien jurídico mediato o por representación³¹. Para esta construcción el sujeto pasivo de este delito es la colectividad, aunque no por ello se deja de afectar a personas individuales y a su dignidad como miembros de aquellos colectivos. Dentro de esta línea, no han faltado autores que se refieren al sentimiento patriótico de los ciudadanos³².

Esta concepción es también sumamente criticable. En primer lugar, porque introduce unos niveles de vaguedad o indeterminación en el precepto solamente comparables con los propios términos que se utilizan para describir la conducta, impidiendo que el tipo penal cumpla su función garantista, en cuanto proyección del principio de legalidad³³.

En segundo lugar, este planteamiento sobre el bien jurídico entronca con los orígenes autoritarios y antidemocráticos que vieron nacer a los precedentes de este delito y que continúan presentes en la redacción vigente. En este sentido, Roxin, para ejemplificar un Derecho penal meramente simbólico y arbitrario, hace alusión al caso del sombrero de Heman Geßler, gobernador austriaco que

³¹ BENLLOCH PETIT, “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”, en ADPCP (54), 2001, p. 182 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, “Bien jurídico y objeto protegible”, en ADPCP (60), 2008, p. 153 y ss. y 163, defiende la capacidad para ser objeto de protección de dichos sentimientos, tanto en su modalidad individual, —si bien en estos casos son reconducibles perfectamente a otros bienes no sentimentales— como colectiva, mostrándose más restrictivo y crítico cuando se trata de símbolos, debido a la colisión con la libertad de expresión; RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, Derecho penal español. Parte especial, Madrid, 18ª ed., 1995, p. 627 (n. 4). En la Doctrina italiana es especialmente significativa esta postura: así, para ANTOLISEI, Parte Speciale, II, 2000, p. 613, este delito protege “el sentimiento de italianidad”, mientras que suavizando esta concepción, FIANDACA/MUSCO, Parte Speciale, I, 2006, p. 100, aluden a los símbolos como manifestación de la soberanía del Estado y representación externa del sentimiento nacional.

³² REIG GEIG, “Artículo 543”, en A. del Moral García/I. Serrano Butragueño, Código penal. Comentarios y Jurisprudencia, T. II, Comares, 2002, p. 2651.

³³ Sobre la conveniencia de acudir a otras ramas del ordenamiento jurídico —civil y administrativo— para proteger este tipo de conductas, cfr. LASCURAIN SÁNCHEZ, ADPCP (60), 2008, p. 154; SANTAMARIA LAMBÁS, El proceso de secularización en la protección de la libertad de conciencia, Universidad de Valladolid, 2002, p. 377.

impuso a los ciudadanos suizos, bajo la amenaza de una pena, la obligación de prestar reverencia a su sombrero colocado en el suelo bajo el tilo de Altdorf cada vez que pasaran ante él, pues el sombrero era los mismo que si estuviera el gobernador en persona. Al negarse Guillermo Tell a doblar la rodilla, fue detenido y castigado, escapándose posteriormente para encabezar la rebelión de los suizos contra los austriacos³⁴. Tal forma de proceder, como se puede observar, ni sirve a la libertad del individuo en un Estado liberal, ni es útil para la capacidad funcional de un sistema social basado en tales principios³⁵.

El delito de ultrajes se incardina así en el denominado Derecho penal de los símbolos, el cual aglutina a tipos penales de extraña fisonomía en los que se entremezclan sentimientos colectivos y simbología, no siempre incontestables, elevándose esta amalgama a la categoría de presuntos bienes jurídico-penales³⁶.

Se olvida, además, que los sentimientos patrióticos, ya lo sean con relación al Estado o a alguna de sus Comunidades Autónomas, no pueden afectar al superior principio del pluralismo político y al de no discriminación de las minorías disidentes de uno u otro signo político y a las libertades ideológicas y de expresión de cada ciudadano³⁷. El patriotismo, como cualquier otro sentimiento, es algo que cada uno interioriza de una manera concreta y expresa de forma diferente, por lo que resulta absurdo oficializar y proteger una concreta manifestación de aquél sentimiento³⁸, sobre todo si esta oficialización atenta contra el pluralismo político.

³⁴ ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, C.H. Beck'sche 4ª ed., 2004, p. 18, estructura en tres grupos los supuestos de tipos que carecen de bienes jurídicos, ubicando en el primero de ellos a las amenazas arbitrarias de pena y los preceptos que protegieran valores inconstitucionales, como lo sería la prohibición-punición de la libertad de expresión, caso de los ultrajes.

³⁵ ROXIN, Derecho penal, Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito Allgemeiner Teil, T. I, (trad. a la 2ª ed. Alemana de D.M. Luzón Peña; M. Díaz García-Conlledo; J. Vicente Remesal), Civitas, 1997, p. 56 y N del T.

³⁶ SANTANA VEGA, La protección de los bienes jurídicos colectivos, Dykinson, 2000, p. 55 y ss.

³⁷ Como expresa QUERALT JIÍMÉNEZ, Parte especial, 1992, p. 761 y ss., "al haber un sentimiento de perplejidad e irritación que define y muchas veces puede generar en parte de la población, en otros sectores merecen aplauso y para otros la más cabal de las indiferencias".

³⁸ Cfr., QUERALT JIÍMÉNEZ, "Un himno a la prudencia", en <http://www.el-periodico.com>

Por otra parte, resulta cuestionable la diversa protección penal que reciben los sentimientos ante la quema de una bandera española o una ikurriña, oficiales ambas e incluidas en el ámbito de protección de la norma, y la quema de una bandera republicana o las representativas del independentismo de diversas regiones españolas, que no estarían bajo el ámbito de protección del tipo, aunque, curiosamente, las ideologías que representan sí están reconocidas legalmente, en cuanto que los partidos que las defienden son legales y concurren a las elecciones.

En suma, los sentimientos son de difícil captación para su protección como bienes jurídico-penales e, incluso, como meros bienes jurídicos, sobre todo si son colectivos. Con relación a estos últimos, cuando se desea reparar heridas causadas en los mismos, la vía sancionadora penal no es ni conveniente, ni legítima³⁹.

2. POSTURAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE UN BIEN JURÍDICO-PENAL EN EL DELITO DE ULTRAJES

No obstante las sucesivas reformas de las que ha sido objeto el delito de ultrajes, la mayoría de la Doctrina sigue preconizando la abolición de este delito por lo cuestionable de los bienes jurídico-penales que se sostiene que protege, o por considerar simplemente que no protege ninguno⁴⁰.

que para otros es la única, en definitiva, válida. Tres cuartos de lo mismo sucede con quienes, sintiéndose los depositarios del grial catalán, que no van más allá de una cierta minoría catalana en todos los sentidos, reparten títulos de patriotismo cuatribarrado”.

³⁹ PALIERO, “Consenso sociale e diritto penale”, en RIDPP (3), 1992, p. 873 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, <http://www.elperiodico.com>.

⁴⁰ Se muestran contrarios a la permanencia del art. 543 en el Código penal: ARROYO ZAPATERO y otros, Comentarios al Código penal, Iustel, 2007, p. 1.057, estiman de difícil determinación el bien jurídico-penal protegido en este delito, salvo que la simbología del Estado y las Comunidades Autónomas pueda considerarse como tal; CANCIO MELIÁN, en Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiros, Comentarios al Código Penal, 1997, p. 1337, considera innecesario la punición de este tipo de ofensas fetichistas en un sistema político afianzado; CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, Comentarios..., 1996, p. 2061; CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, Comentarios al Código penal, Parte especial, T. II, Marcial Pons, 2004, p. 2057, estiman que es injustificable este delito en el Código penal; MUÑOZ CONDE, Derecho penal, Parte Especial, Tirant lo Blanch, 16ª ed., 2007, p. 853; LÓPEZ AGUILAR, “Código penal y poderes públicos: una perspectiva consitutcional”, en RPJ (48), 1997, p. 76, aboga expresamente, en la línea del Derecho norteamericano, por una despenalización de la quema de banderas; PORTILLA CONTRERA, en VVAA, Curso de Derecho penal español, Parte especial, Marcial Pons, 1997, p. 824, entiende que este delito encierra una concepción desfasada del estado, la nación y la patria; QUERALT JIMÉNEZ, Parte especial, 2ª ed.,

Los rechtsgutlosendelikten (delitos privados de bien jurídico) fueron abordados en Alemania, con especial intensidad, durante el proceso de codificación de los años sesenta, con motivo de los Sittlichkeitsdelikten (delitos contra las buenas costumbres)⁴¹. No obstante, no sólo en la legislación proyectada existieron ejemplos de defensa de este planteamiento⁴², sino que un pujante sector de la Doctrina ha defendido y defiende la posibilidad de que existan tipos penales sin bienes jurídicos. Son de destacar a este respecto, las ya clásicas concepciones de Welzel⁴³ y Jakobs⁴⁴.

Según sus planteamientos, en los casos, como éste del delito de ultrajes, en los que se afirma que falta un bien jurídico, en realidad lo que concurre es una Pflichtverletzung (lesión de un deber), entendiendo ésta como la negativa a comportarse conforme al papel asignado en

1992, p. 762; SANTANA VEGA, *La protección...* 2000, p. 55; TAMARIT i SUMALLA, *Comentarios...*, 4ª ed., 2005, p. 2442. A favor de su permanencia: BENLLOCH PETIT, *ADPCP* (54), 2001, p. 182 y ss.; GÓMEZ GUILLAMÓN, en *VVAA*, *Código Penal*, Cóllex, 11ª ed., 2007, p. 1274; PUYOL MONTERO, *Artículo 543*, 1997, p. 4690, sin bien “debe respetarse conjuntamente esta protección —la de los símbolos— con el respeto a los derechos constitucionales”; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJÁS, *EPCR* (23), 2001, p. 225 y ss.; **duda al respecto**, LASCURAIN SÁNCHEZ, *ADPCP* (60), 2008, p. 163.

⁴¹ Cfr. AMELUNG, *Rechtsgütersschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre der „Sozialschädigkeit“ des Verbrechen*, Athäneum, 1972, p. 20 y ss.

⁴² Así, el Proyecto Gubernamental alemán de 1962 afirmaba que “si bien en la mayor parte de los casos las normas penales sirven a la tutela de bienes jurídicos, ello no excluye que puedan conminarse penalmente determinadas formas de comportamiento especialmente reprobables desde el punto de visto ético, execrables para el común sentir, incluso si de su realización no se deriva inmediatamente la lesión de un bien jurídico”. En contra, el Proyecto Alternativo al Código penal alemán de 1966 (BAUMANN, et alii, *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, J.C. B. Mohr, 1966, p. 7, el cual en su parágrafo 2.1., bajo el Título, “Fin y Límites de la Pena y la Medida”, estableció que “Penas y medida sirven a la protección de los bienes jurídicos”.

⁴³ Para WELZEL, “*Studien zum System des Strafrechts*”, en *ZStW* (858), 1939, p. 509, la teoría de la lesión del bien jurídico no es otra cosa que el correlato del dogma causal en el ámbito de la antijuridicidad, de tal manera que llega a la conclusión de que el injusto de los delitos no se agota en la lesión de un bien jurídico.

⁴⁴ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil (Die Grundlagen und die Zurechnungslehre)*, Walter de Gruyter, 2ª ed., 1991, p. 41 y ss. **en coherencia con su concepción crítica-erradicadora del bien jurídico-penal**, aborda la cuestión de los tipos sin bien jurídico, no como un defecto a corregir en la legislación positiva, sino como un ejemplo de la deficiencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y de la teoría del delito que sobre ella se sustenta. Para este autor los delitos son infracciones de normas. Cfr. también, desde la Filosofía del Derecho, NINO, *Consideraciones sobre la Dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, Universidad Autónoma de México, 1984, p. 63.

la institución: en este caso como patriota, nacional o nacionalista, el cual tiene el deber de respetar los símbolos y la concepción oficial de España y sus Autonomías, sin margen a la discrepancia. No se olvide que el delito de ultrajes ni exige ni conlleva violencia de ningún tipo⁴⁵.

Como se puede observar, estas concepciones, a la luz del delito de ultrajes que venimos analizando, ponen de manifiesto la orfandad de límites en la que se deja al Derecho penal democrático las construcciones que prescinden de la categoría del bien jurídico-penal como elemento de crítica y control del sistema penal. En efecto, en todas ellas se desconoce que el principio de protección de bienes jurídico-penales en el ámbito del Derecho penal ha de ir de la mano con el de intervención mínima y ofensividad porque la intervención del Derecho penal ha de circunscribirse, no a los bienes jurídicos que son considerados dignos de protección por las otras ramas del Derecho, sino sólo a los bienes jurídicos esenciales para la convivencia y frente a los ataques más graves, lo que da lugar al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos-penales⁴⁶.

Es claro que en el caso de los ultrajes éstos no alteran, ni dañan la convivencia pacífica de los ciudadanos, lo que no quita para que en determinados ámbitos especiales, piénsese en el castrense, pueda considerarse dignos de protección tales símbolos por sanciones administrativas, bajo el ámbito de las relaciones de sujeción especial, o, en su caso, penales militares. Es más, en caso de duda sobre la existencia de un bien jurídico-penal en un nuevo tipo penal sobre el que se quisiera legislar, debería abstenerse la intervención pe-

⁴⁵ Recientemente, aunque desde la defensa del bien jurídico-penal, HEFENDEHL, “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico” (trad. G. Medina Schulz), en *La teoría del bien jurídico*, 2007, 467 y ss.; el mismo, “El bien jurídico como eje...”, 2007, p. 191, admite que el topos del principio de protección bien jurídico pierde su valor allí donde le corresponde...” reconociendo que en casos excepcionales un tipo puede no proteger un bien jurídico y no por ello ha de devenir constitucionalmente ilegítimo. En estos casos propone, frente a la derogación automática de los mismos, un nivel escalonado de intervención con control de constitucionalidad de los mismos.

⁴⁶ Esta diferenciación es introducida por MIR PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico penal como límite del *ius puniendi*”, en *EPCr* (XIV), 1991, p. 205, estableciendo que “no todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico-penal.” En el mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los límites del *ius puniendi*”, en *ADPCP* (III), 1994, p. 96; HASSEMER, “¿Pueden haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en R. Hefendehl, *La teoría del bien jurídico* (trad. G. Medina Schulz), Marcial Pons, 2007, p. 104; SANTANA VEGA, *La protección penal...*, 2000, p. 52 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 227.

nal, optándose por su no inclusión en el Código⁴⁷, o por la derogación⁴⁸ o declaración de inconstitucionalidad, si se tratara de un delito preexistente⁴⁹.

También de la doctrina del Tribunal Constitucional se desprende que la identificación de bienes jurídicos protegidos por el precepto penal es un presupuesto para el principio de proporcionalidad. Esto es, el citado Tribunal estima que habrá de verificarse si se tutelan bienes o intereses constitucionalmente no proscritos, ni socialmente irrelevantes. De esta forma, si un concreto tipo penal ha afectado de manera injustificada determinados derechos fundamentales de los ciudadanos, como parece suceder en el delito que estamos analizando, deberá ser declarado inconstitucional⁵⁰.

El principal problema al que se enfrenta el delito de ultrajes es que en él se está castigando la libertad expresión y, más concretamente, en sus manifestaciones artísticas y de crítica política, aunque sean en sus formas más radicales⁵¹. Esto es, se penaliza lo que

⁴⁷ Cfr. JÄGER, en su clásica monografía, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Ferdinand Enke, 1957, p. 20 y ss. y 123, concluye significativamente su obra afirmando: “Ninguna norma jurídico-penal sin protección de bienes jurídicos. En caso de duda, ninguna pena”. Cfr. también, BUSTOS RAMÍREZ, *Política criminal e injusto (política criminal, bien jurídico, desvalor del acto y de resultado)*, en RIDP, (1), 1978, 1987, pp. 167 y 176, “el primer principio fundamental es que no ha de haber un delito particular sin un bien jurídico preciso y concreto”; HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminal politik*, Rowohlt, Hamburg, 1974, p. 129, “los conflictos que se producen sin que sea lesionado ningún bien jurídico y que el ámbito material de la Política criminal no cuestiona, hacen competentes a otras instancias de control social”; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo blanch, 1989, p. 102, ninguna reforma del Derecho penal puede ser aceptable si no va dirigida a la protección de algún bien jurídico.

⁴⁸ VORMBAUM, *Entkriminalisierung und Strafgesetz. Über Schwierigkeiten, Entkriminalisierung zu begründen und zu verwirklichen*, en *Festschrift für Rudolf Gmür, Ernst und Warner Giesecking*, Bielefeld, 1983, p. 328, considera que la no concurrencia de un bien jurídico en un tipo que esté en armonía con la Constitución es un dato que se convierte en una causa de descriminalización de la conducta.

⁴⁹ Ciertamente curioso resulta la forma de razonar de la SAP Baleares 2ª 171/1999, de 15-6, al entender que no se debe “olvidar que la Constitución data de 1978, y que el Código Penal que se aplica es de 1. 995, calificado incluso como el «Código de la Democracia», no considerando esta Sala oportuno por ello, plantear cuestión de anti-constitucionalidad, procediendo en consecuencia a confirmar la sentencia”.

⁵⁰ Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, “El control de la constitucionalidad de las leyes penales”, en García Valdés y otros, *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I, 2008, p. 244; VIVES ANTÓN, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, en EPCr. (XXV), 2004, p. 428 y ss.

⁵¹ Para VIVES ANTÓN, EPCr. (XXV), 2004, p. 432 y ss., ni siquiera cabe limitar la libertad de expresión sobre la base de los daños que, eventualmente,

debería estar protegido, por más que contradiga a la concepción de la mayoría democrática, pues, paradójicamente, la protección de la libertad de expresión de las minorías es una consecuencia del sistema democrático mismo. En modo alguno, la protección de símbolos puede anteponerse a la protección de derechos fundamentales.

La persistencia del delito de ultrajes en el Código penal difumina la distinción entre el Estado democrático que proclama la Constitución Española (artículo 1.1.) y el Estado dictatorial que debiera estar ya superado tras aquélla. En efecto, en los estados democráticos, a diferencia de los dictatoriales, la disidencia política no sólo no se reprime, sino que se posibilita dentro del marco de la Constitución, el cual alude como únicos límites de su manifestación pública el orden público o a la paz social. Éstos no van a ser afectados por la mera quema de una bandera u otros símbolos, o por el insulto a una concepción de España que, aunque mayoritaria, no sea compartida por una minoría⁵².

El artículo 20.3 de la Constitución, al referirse a la organización y control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier otro ente público —caso de TV3—, expresamente menciona que se “garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”. Referencia ésta que supone una protección de las minorías y de su libertad de expresión⁵³.

Otro ejemplo de que los ultrajes carecen de un bien jurídico-penal lo constituye el hecho de que la libertad de expresión para ser limitada, incluso por un tipo penal, tendría que tener base en un derecho fundamental o libertad pública del Título I, y la referencia a la bandera se encuentra en el Título Preliminar, como la referencia a España. Por su parte, el diseño de la distribución territorial del poder se halla en el Título VIII.

puedan producir los actos de expresión, aplastando la serpiente cuando está en el huevo.

⁵² Según CUERDA ARNAU, “El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales”, en RPJ (56), 1999, p. 117, el castigo de delitos de expresión de opiniones y creencias supone una falta de confianza en la capacidad de la sociedad democrática para formar sus convicciones.

⁵³ ROXIN, “Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión” (trad. D. M. Santana Vega), en ADPCP (59), 2006, p. 5 y ss., “...la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece en absoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta en práctica”.

Además, los derechos fundamentales y las libertades públicas, capaces de limitar la libertad de expresión, vienen referidos a los seres humanos (injurias, calumnias, acusación y denuncias falsas a una persona ante la Administración de Justicia) y no a personas jurídicas públicas.

Por todo lo expuesto, habrá que concluir con la necesidad de derogar el artículo 543 o instar su declaración de inconstitucionalidad.

V. LOS ELEMENTOS DEL TIPO DELICTIVO

La postura que acabamos de sostener sobre la no existencia de un bien jurídico-penal en el delito de ultrajes, condicionará, en la medida que no contradiga la literalidad y los criterios de interpretación de las normas penales, un entendimiento restrictivo del tipo de ultrajes contenido en el artículo 543 del Código penal. En todo caso, no corresponde al intérprete, doctrinal o jurisprudencial, suplantar al legislador en la labor de depuración del ordenamiento, máxime cuando se trata de normas penales. Otra forma de proceder supondría añadir a la conculcación del principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, el menoscabo del principio de legalidad, confundiendo los planos de la *lege data* y la *lege ferenda*.

1. LA CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica consiste en ofender o ultrajar, las cuales se presentan como acciones alternativas o diversas. Por ello, no faltan autores y jurisprudencia que sostienen la existencia de una diferenciación entre ellas, considerando que los ultrajes abarcarían las ofensas más graves o contundentes⁵⁴, lo que hace concluir a otro sector de la Doctrina que el término ofensa amplía aun más el tipo, colocándolo al borde de la inconstitucionalidad⁵⁵.

Sin embargo, esta duplicidad y disyunción de términos es redundante y obedece a una muestra más de la falta de cuidado en el correcto uso del idioma por parte del legislador, de la que hace gala en muchas ocasiones, ya que los términos de ofensas y ultrajes tienen acepciones afines y son, por tanto, sinónimos⁵⁶.

⁵⁴ Así, CORDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios...*, 2004, p. 2508; VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJÁS, *EPCr* (23), 2001, p. 246 y, contradiciendo tal diferenciación, p. 248.

⁵⁵ QUERALT JÍMENEZ, *Parte especial*, 2ª ed., 1992, p. 763. Cfr. También, STS de 6-12-1985.

⁵⁶ Según el Diccionario de la Real Academia Española, “ultraje” es: “1. La acción y efecto de ultrajar; 2. Ajamamiento, injuria o desprecio”, siendo ultrajar: “...”2.

Además, si existiera tal diferencia de gravedad entre las conductas de ultrajar y ofender, ésta habría de ser captada en la pena y en la consiguiente estructuración del tipo, ubicándolas en apartados distintos y distinguiéndose entre un tipo básico y otro agravado, lo que no sucede.

Las acciones de ofender o ultrajar son de difícil precisión, lo que exige, por las razones apuntadas más arriba, una interpretación restrictiva⁵⁷. En esta línea, algún sector de la Doctrina, viene requiriendo, para poder apreciar este delito, que las ofensas y ultrajes conlleven altercados que perturben la convivencia democrática, en la que resultan afectados, además, los símbolos o emblemas del Estado o de las Comunidades Autónomas⁵⁸. Sin embargo, habrá que reconocer que no se halla este precepto dentro del Título de los desórdenes públicos, por lo que no hay base que permita tal deducción contextual. Tampoco, a diferencia de los que sucede con la punición del delito de injurias (artículo 209), hay referencia alguna a la nota de la gravedad.

No se incluyen en este delito los supuestos de infracción de la normativa prevista sobre ubicación de banderas (no colocar la bandera española en un despacho, conjuntamente con la autonómica o en la fachada de un Ayuntamiento)⁵⁹. De hecho, en estos casos, sería técnicamente más correcto optar por la aplicación de un delito de desobediencia, si se dieran todos los requisitos del mismo⁶⁰, o contemplar un mero ilícito administrativo.

Tampoco procederá la aplicación de este delito a las meras faltas de respeto⁶¹, como, por ejemplo, no bajar la cabeza ante las ban-

Despreciar o tratar con desvío a una persona”. Por “ofensa” se entiende la acción y efecto de ofender es “1. Hacer daño a uno físicamente, hiriéndolo o maltratándolo [acepción no viable en el presente caso]. 2. Injuriar de palabra o denostar. 3. Decir o hacer algo que demuestre falta de respeto, consideración o acatamiento”. Cfr. también, STS de 28-3-1989.

⁵⁷ Cfr. DEL ROSAL BLASCO, en M. Cobo del Rosal, (Dir.) Derecho penal español. Parte especial, Dykinson, 2ª ed., 2005, p. 1098.

⁵⁸ Cfr. SSAP de Madrid, de 5-6-2003 y de Guipúzcoa, de 23-1-2002.

⁵⁹ Cfr. CASTINEIRA PALOU, ADPCP (45), 1992, p. 1134; MUÑOZ CONDE, Parte especial, 16ª ed. 2007, p. 853; TAMARIT i SUMALLA, Comentarios..., 4ª ed., 2005, p. 2444; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, EPCr (23), 2001, p. 248. En contra, STS de 7-2-2007, en la que se condena a tres concejales de un Ayuntamiento que, con ocasión de una fiesta, descolgaron la bandera española que la mayoría de los grupos políticos, representados en el Ayuntamiento, habían acordado colocar.

⁶⁰ Cfr. AJI N° Cuatro de Donosita-San Sebastián, de 7-12-2007, F.J. tercero.

⁶¹ En este sentido, CALDERÓN/CHOCLÁN, Código Penal Comentado, Deusto Jurídico, 2005, p. 1075.

deras o no ponerse en pie al paso de las mismas, ya que los términos ofensas y ultrajes implican conductas positivas de hacer, no bastando la mera omisión.

De igual manera, no se aplicará el artículo 543 en aquellos casos en los que las banderas eran portadas en manifestaciones o colocadas de forma inofensiva con carácter ornamental, testimonial o festivo⁶². A esta conclusión conduce el posesivo “sus”, el cual hace referencia a que tales símbolos son únicamente objeto de protección penal cuando se encuentran en funciones representativas de España o de una Comunidad Autónoma.

El tipo especifica taxativamente cuáles son las formas de cometer el delito: (a) De palabra, mediante expresiones orales vertidas ante un concurso de persona o a través de cualquier medio de comunicación (“Si España es mi madre, yo soy un hijo de puta”)⁶³. (b) Por escrito, esto es, mediante artículos periodísticos, ensayos, panfletos, carteles, caricaturas⁶⁴. (c) De hecho. En esta modalidad se incluirían acciones tales como quemar, pisotear, escupir, desgarrar o destruir una bandera o emblema⁶⁵. Más discutible serían los supuestos en los que se arría o tira al suelo una bandera⁶⁶. En todo caso, ha de existir un mínimo de antijuridicidad material y operará el principio de insignificancia: por ejemplo no constituye este delito pisar un poco o por un extremo una bandera.

Son posibles, aunque infrecuentes en la práctica, las formas de imperfecta ejecución, en la modalidad de ultraje de hecho o por escrito. Sin embargo, este tipo es de mera actividad cuando la ofensa se efectúa de palabra ante una concurrencia de personas, excluyéndose aquí la punición de las formas de imperfecta ejecución⁶⁷.

⁶² Así, TAMARIT i SUMALLA, Comentarios..., 4ª ed., 2005, p. 2444.

⁶³ STS de 22-3-1982, anterior al Código penal de 1995, en la que justificaba la condena, aduciendo que tal expresión suponía “una quiebra del respeto reverencial que se debe a —la Nación— como madre común de todos los españoles”.

⁶⁴ La STS de 3-11-1989, F.J. 1º, condena al acusado por, entre otras cosas, tener en su poder un panfleto de propaganda independentista y una pegatina con el dibujo de un enmascarado portando una bandera española ardiendo y con la leyenda «fora, fora, fora, la bandera espanyola».

⁶⁵ Cfr. SAP de Madrid 4ª, 213/2003, de 5-6; SAP de Girona 3ª 754/2005, de 29-7; o SAP Barcelona 2ª 82/2005, de 25-1.

⁶⁶ La SAP de Guipúzcoa 2ª, de 23-1-2002, consideró procedente la aplicación del artículo 543 en un caso en el que se arrió la bandera y se tiró a la calzada desde una balconada, pudiendo haberla dejado abandonada, acto éste que estima el Tribunal claramente revelador del ánimo de menospreciar, de ultrajar y de vilipendiar la bandera española, citándose diversas sentencias preconstitucionales y anteriores al Código penal de 1995 como fundamento.

⁶⁷ CÓRDOBA RODA, Comentarios..., 1978, p. 36.

2. LA PUBLICIDAD

Las tres citadas formas de comisión del delito tienen como denominador común el de ser realizadas con publicidad, esto es, los ultrajes para ser típicos han de trascender a una multiplicidad de personas, superando, en todo caso, el ámbito de la intimidad⁶⁸. En todo caso, la publicidad tiene que ser directa, quedando excluida la publicidad indirecta, esto es, aquélla que se produce mediante la referencia de un tercero a un acto de ultraje que presencia⁶⁹.

En cuanto a la naturaleza de la publicidad, caben dos opciones. Una de ellas es considerar que es una condición objetiva de punibilidad, lo cual tiene como consecuencia la no necesidad de tener que ser abarcada por el dolo del autor para apreciarla. De esta forma, quien exprese una opinión que resulte ultrajante para España

su realización de aquélla. Es inconcebible una libertad de expresión sin publicidad⁷⁰.

3. OBJETO MATERIAL

El objeto material de las ofensas o los ultrajes han de ser: (a) la persona jurídico-institucional de España, esto es, la institución u organización soberana de la comunidad nacional o Estado español; (b) la persona jurídico-institucional de cualquiera de sus Comunidades Autónomas; (c) los símbolos del Estado y de las Comunidades Autónomas; (d) los emblemas de aquél y éstas.

Pese a que algún sector minoritario de la Doctrina y de la Jurisprudencia lo siguen manteniendo⁷¹, no hay base típica para incluir el sentimiento de unidad de la nación española, dada la expresa exclusión del mismo con relación a la regulación anterior⁷². Además, resultaría contradictorio que existiendo partidos políticos legales que acuden a las elecciones con idearios independentistas, fueran luego reprimidos penalmente por las manifestaciones públicas (mítines, gritos en manifestaciones, etc.) de tal ideología por la vía del delito de ultrajes.

Por símbolo habrá que entender, según el Diccionario de la RAEL, la “representación sensorialmente perceptible de una realidad, en virtud de rasgos que se asocian con ésta por una convención socialmente aceptada”. Por tanto, como símbolos se incluyen en este precepto no sólo la bandera, el escudo⁷³ o emblemas, signos visuales, sino también habría que incluir el himno⁷⁴, símbolo auditivo, de España, y de las Comunidades Autónomas que lo tuvieran establecido normativamente.

No constituye argumento suficiente para excluir el himno el argüir que no se encuentra previsto expresamente⁷⁵, pues tampoco lo

⁷⁰ La SAP de Guipúzcoa de 23-1-2002 equipara al animus iniuriandi “la premeditación y la preparación del actuar y el aviso previo a los medios de comunicación para dar relevancia al acto”. COLINA OQUENDO, “Artículo 543”..., 2005, p. 909, considera aplicable lo establecido en el artículo 208 al 543.

⁷¹ RODRÍGUEZ RAMOS (Coord.), Código Penal. Comentado y con Jurisprudencia, La Ley, 2007, p. 1054 y ss., considera que constituye también objeto material del delito el sentimiento de unidad; se refiere también al mismo, la SAP de Guipúzcoa 2ª, de 23-1-2002, F. J. Cuarto.

⁷² MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 16ª ed., 2007, p. 854.

⁷³ Cfr. Ley 33/1981, de 5-10 y RD 2964/1981, de 18-12.

⁷⁴ Vid. RD 1560/1992, de 10-10, sobre el himno nacional. En este sentido de incluir también el himno, CALDERÓN/CHOCLÁN, Código..., 2007, p. 1075; DE LA ROSA CORTINA, RPJ (85), 2007, p. 56.

⁷⁵ TAMARIT i SUMALLA, Comentarios..., 4ª ed., 2005, p. 2444.

están los escudos y se incluyen sin controversia dentro del concepto genérico de símbolo. Igualmente insatisfactorio resulta el argumento de que el término símbolo se refiera a objetos que se utilizan para representar un concepto moral o intelectual, pues el himno no se excluye de tal definición⁷⁶.

Por lo que respecta al emblema, es un término que resulta redundante con el de símbolo tal como lo demuestra la acepción que del mismo da el D-RAEL "1. Jeroglífico, símbolo o empresa en que se representa alguna figura, y al pie de la cual se escribe algún verso o lema que declara el concepto o realidad que encierra. 2. Cualquier cosa que es representación simbólica de otra".

Estamos ante una ley penal en blanco tácita o por remisión de elementos normativos, de tal manera que habría que acudir a las correspondientes disposiciones extrapenales que regulan los símbolos a los que alude el delito⁷⁷. En consecuencia, estos símbolos o emblemas han de tener reconocimiento legal o normativo y su uso ser oficial y público⁷⁸. Así, habrá que acudir a las disposiciones estatales (v. gr. art. 4 de la CE y normativa que lo desarrolla) y autonómicas (por lo general, los estatutos de autonomía) que los regulan.

No falta, sin embargo, quien se muestra partidario de incluir también dentro del ámbito de protección del artículo 543, aquellos otros símbolos que, aunque no se hallen reconocidos por disposiciones normativas expresas, sin embargo, sociológicamente o de hecho, posean el mismo reconocimiento público, como símbolos externos de las colectividades⁷⁹. Tal forma de interpretar el precepto, conectada con la idea de protección de sentimientos, no sólo no tendría apoyatura legal en el artículo 543, sino que también agravaría el problema del déficit de taxatividad de la que ya adolece el mencionado precepto, pues a la indeterminación de la conducta se le añadiría la de sus objetos materiales.

Se plantea también con relación a las banderas y escudos la cuestión de qué elementos mínimos tendrían que presentar para considerar que concurre el objeto material del delito. ¿Bastaría la concurrencia de los colores de cualquiera de las banderas oficiales sobre una tela, aunque no tuviera la apariencia de la bandera o que ésta tuviera los colores, pero no el escudo constitucional o tuviera un escudo deportivo?

⁷⁶ CONDE-PUMPIDO, Contestaciones al programa de Derecho penal del programa de Judicatura, Colex, 4ª ed., 2004, p.476.

⁷⁷ SANTANA VEGA, El concepto de ley penal en blanco, Ad-hoc, 2000, p. 46 y ss.

⁷⁸ CASTIÑEIRA PALOU, ADPCP (45), 1992, p. 1134-5.

⁷⁹ PUYOL MONTERO, Artículo 543..., 1997, p. 4691.

En esta materia procede una interpretación restrictiva. Esto ha de ser así no sólo por la más que dudosa constitucionalidad del precepto, sino también porque, a diferencia de otros derechos comparados, como el alemán o el francés, el tipo penal no hace referencia alguna a la protección de los colores de la bandera de forma independiente, sino sólo en cuanto conforman la bandera constitucional o las banderas autonómicas y estén esos símbolos en funciones representativas oficiales. Este adjetivo excluiría del concepto de bandera aquélla sobre la que se plasmara cualquier otro lema, emblema o escudo que no sean los previstos normativamente: una bandera española con la esvástica o con un escudo preconstitucional no estaría bajo el ámbito de aplicación de este tipo⁸⁰.

De la misma manera, sólo se incluirían los escudos o himnos oficiales. Por ello, si durante la interpretación del himno español se hiciera sonar otro extraoficial —nacional o autonómico— se cometería el delito. Sin embargo, quedaría extramuros del Derecho penal, por las razones expuestas, el que se hiciera sonar simultáneamente dos himnos oficiales, ya que aquí nos encontraríamos ante un problema a resolver, en todo caso, por las normas protocolarias.

Por último, en el caso en que concurra ofensa a varios objetos materiales: quema de varias banderas, quema de una bandera y un escudo, cantar mientras se interpreta el himno, al mismo tiempo que se pisotea o quema un bandera, sólo cabrá apreciar un único delito de ultrajes, debido no sólo a la existencia de una única acción jurídico-penal, sino también porque el menoscabo de los varios objetos materiales resultan abarcados por una única intención de ultrajar, sin perjuicio de la ponderación de la pena.

4. LOS SUJETOS

Sujeto activo de este delito, lo puede ser cualquiera. Si bien en aquellos casos en los que lo cometa un militar, habrá que estarse a lo dispuesto en el Código penal Militar (LO 13/1985, de 9-12), el cual en su artículo 8 establece una interpretación legal del mismo, regu-

⁸⁰ En contra, manteniendo un concepto de bandera extratípico, SAP de Valencia 1ª 102/1999, de 24-3, f.j. afirmando que “Es claro que una bandera española, conformada por dos franjas rojas, separadas por otra franja más ancha de color amarillo, permite identificar uno de los símbolos más característicos de España, aunque formalmente no tenga todos los atributos reglamentarios de la bandera oficial que ondea en cualquier organismo público. Pero todo el mundo sabe que una tela que presenta esas características es un símbolo de España.”

lándose el delito de ultrajes militares en el artículo 89 del Código penal militar, el cual dispone que:

«El Militar que ofendiere o ultrajare a la Nación española, su Bandera, Himno o alguno de sus símbolos o emblemas será castigado con la pena de uno a seis años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo. Cuando el delito fuere cometido con publicidad o cualquier medio de difusión se impondrá la pena de tres a diez años de prisión. El militar que ofendiere o ultrajare a las insignias o emblemas militares será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años».

Este tipo penal tiene su fundamentación en el denominado deber de neutralidad política del militar, el cual se configura como un instrumento necesario para impedir en los Estados democráticos cualquier forma de pronunciamiento o actuación militar en la vida pública⁸¹.

Como se puede observar existen significativas diferencias con la regulación de este delito del Derecho penal común. Son de resaltar:

- a) Lo elevado de la pena privativa de libertad establecida, sin publicidad, la cual podrá llegar hasta los seis años más, en su caso, la pérdida del empleo y hasta diez años si realizare con publicidad.
- b) Resulta criticable que se castiguen en el ámbito militar los ultrajes sin publicidad o realizados en la intimidad, pues si el fundamento de la punición de este delito es la neutralidad política del militar, ésta no se ve afectada por actos realizados sin público (militar que quema en la intimidad de su casa una bandera española o insulta a España por problemas con superiores en su casa o entre amigos). Además, en modo alguno, se puede privar a un militar como ciudadano de su libertad ideológica.
- c) Por otro lado, se observa una mayor concreción y extensión de los objetos materiales del delito. Además de a la bandera española, a la que los militares prestan juramento, se recoge expresamente el himno, así como las insignias y emblemas militares.
- d) Por último, el ámbito de protección de los ultrajes militares se circunscribe a la Nación española y no a sus Comunidades Autónomas. Este dato lo fundamentan algunos autores en

⁸¹ Cfr. CORRALES ELIZONDO, “Perspectiva de la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas”, en *Jurisdicción Militar: aspectos penales y disciplinarios*, Estudios de Derecho Judicial (112), 2006, p. 92.

la declaración de que el Ejército español es el garante de la indisoluble unidad de la Nación española⁸². Sin embargo, en el ámbito de esa unidad, tienen perfecta cabida las Comunidades Autónomas, debiéndose concluir que este precepto del Código penal militar adolece de las mismas connotaciones preconstitucionales o de déficit de actualización democrática que su homónimo del Derecho penal común.

Otra cuestión controvertida es la de las autorías masivas de ultrajes: pitidos de numerosos espectadores durante la interpretación del himno nacional o autonómico, quemas colectivas de banderas en manifestaciones, gritos colectivos contra España o una Comunidad Autónoma. Esta clase de comportamientos son especialmente significativos en espectáculos deportivos, actos culturales o actos oficiales. En los dos primeros casos, hemos sostenido que no procede aplicar este tipo. No obstante, para aquellos otros autores que postulan su aplicación, así como en los actos oficiales, se les aplica criterios próximos a la adecuación social⁸³, ya que además, la persecución de los mismos provocaría un colapso en la Administración de Justicia.

En definitiva, tales supuestos ponen de manifiesto, con toda contundencia, que se tratan de actos de ejercicio de la libertad de expresión, la cual en los Estados de Derecho resulta, a la postre, irreprímible y, en todo caso, si se quieren evitar o corregir habría que acudir a otras vías extrapenales⁸⁴.

Al requerir el tipo publicidad, en el caso de que ésta tenga lugar por medios mecánicos, le serán de aplicación las disposiciones especialmente previstas en el artículo 30 del Código penal.

En cuanto a la participación en el delito, viene considerando la Jurisprudencia que comete este delito como autor, tanto el que aga-

⁸² GIRGADO DOCE, "Atentados, ultrajes, injurias", en VVAA, Comentarios al Código penal Militar, Civitas, 1988, p. 1018.

⁸³ Como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, Parte especial, 16ª ed., 2007, p. 854, "del mismo modo que en un estadio de fútbol se profieren contra el árbitro o los jugadores expresiones gravemente injuriosas, sin que a los afectados por las mismas se les ocurra interponer una querrela criminal, hay que admitir que en manifestaciones contra la guerra (caso de los jóvenes universitarios norteamericanos en sus protestas en los años 60 contra la Guerra de Vietnam) o de carácter nacionalista, se quemen banderas o se profieran expresiones injuriosas contra una determinada concepción de la unidad de España".

⁸⁴ En concreto, QUERALT JIMÉNEZ, <http://www.elperiodico.com>, cita como ejemplo el protocolo de himnos seguido durante la inauguración de los Juegos Olímpicos de Barcelona, en la que los monarcas entraron al son consecutivo de los himnos de Cataluña y España.

rra el mástil de la bandera como el que le prende fuego, ya que la acción típica es la de ultrajar que es más amplia que la de quemar (STS 3-11-1989), pudiendo ser considerados como participación otros actos de contribución esencial en el ultraje.

Sujetos pasivos lo son España, como Estado, y las Comunidades Autónomas, no sus símbolos y emblemas que sólo pueden constituir objeto material del delito⁸⁵. Con relación a la expresión “sus Comunidades Autónomas” esta da lugar a dos posibles interpretaciones. En primer lugar, cabría considerar que, pese a la utilización del plural, la ofensa ha de ir siempre dirigida y singularizada a una sola y determinada Comunidad Autónoma, considerando que el plural es una referencia a que se trata de las Comunidades Autónomas que se hallan integradas en el Estado español⁸⁶. Otra posible interpretación sería la de admitir que junto al caso anterior, cabría incluir también en este precepto el ultraje o las ofensas al denominado Estado de las Autonomías: “separatismo de mierda”, el “puto separatismo”, “asqueroso estado autonómico”.

En cuanto a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, se plantea si al referirse el art. 543 a comunidades y no a ciudades si éstas están o no incluidas en el tipo. Dado que la mención de Comunidades Autónomas conlleva el reconocimiento en el ámbito penal de la nueva distribución territorial del poder político que instaura la Constitución de 1978, no hay inconvenientes para considerar que las mismas y sus símbolos están abarcadas por el tipo de ultrajes.

5. TIPO SUBJETIVO

Este delito sólo admite la comisión dolosa por dolo directo⁸⁷, excluyéndose el dolo eventual y la imprudencia⁸⁸. El sujeto tiene que conocer que está ante un símbolo o emblema del Estado constitucional o los oficiales de las Comunidades Autónomas. No en vano

⁸⁵ De otra opinión, PUYOL MONTERO, Artículo 543..., 1997, p. 4690, quien incluye como sujetos pasivos de este delito a los símbolos y emblemas.

⁸⁶ Así, TAMARIT i SUMALLA, Comentarios..., 4ª ed., 2005, p. 2444.

⁸⁷ Por todos, MARTÍNEZ MORA, “Ultrajes a la nación, su unidad o sus símbolos”, en Enciclopedia Jurídica, La Ley, 2008, p. 1316.

⁸⁸ Criticable resulta la SAP Barcelona 2ª 82/2005, de 25-1, que condena al que retiró la bandera de España del balcón del edificio consistorial y golpeó a los agentes de la autoridad que, uniformados y en el ejercicio de sus funciones pretendían evitarlo, hasta que finalmente, en el forcejeo, se produjo un desgarrar de la bandera. Igualmente atípica sería la conducta en la que se prendiera fuego a un símbolo oficial por expansión de un monigote en llamas.

los ultrajes están ubicados dentro del Título de los delitos contra la Constitución. Por tanto, no están incluidas en el ámbito de protección del tipo las ofensas a símbolos o concepciones de España que fueran predemocráticas o inconstitucionales⁸⁹.

En los casos de ciudadanos extranjeros podría aplicarse el error —vencible o invencible— sobre alguno de los objetos materiales del tipo o el error de prohibición. Piénsese en un turista norteamericano, acostumbrado a ver su bandera ardiendo y sin que de ello se desprendan consecuencias penales. En los casos de embriaguez se podrían ver excluida o disminuida la imputabilidad del autor⁹⁰.

En el delito de ultrajes se discute si ha de concurrir, además del dolo, un elemento subjetivo del injusto: el *animus iniuriandi*⁹¹, el cual en este delito implicaría la intención de ofender gravemente a España, sus Comunidades Autónomas o a los citados símbolos o emblemas⁹². Esta concepción resultaría plenamente coherente con el mantenimiento de que los ultrajes son injurias atenuadas y tendría como principal consecuencia la no responsabilidad penal del que lleva a cabo un acto objetivamente ultrajante —quemar una bandera española—, pero sin ánimo de ofender. Sin embargo, aun para algunos autores que parten o partían del delito de injuria consideran que no está expresamente recogido tal elemento subjetivo, por lo que sería posible castigar los actos objetivamente ultrajantes (apuesta entre dos amigos, broma, prueba de iniciación entre adolescentes)⁹³.

⁸⁹ El AJI de Sant Feliu de Llobregat, de 4-5-2007, F.J.. Cuarto, argumenta que «las expresiones vertidas y que son objeto de esta causa no van dirigidas a España, nación, sino a una concepción de España, “diferente a la democrática y constitucional, que tienen determinados grupos de individuos”... a la España golpista de la Guerra Civil y que el quiere a su país pero que hay cosas de él que no le gustan, así como que no pretendía ofender a la España constitucionalista».

⁹⁰ En este sentido, la SAP de Santa Cruz de Tenerife 5ª 647/2008, de 20 de octubre.

⁹¹ COLINA OQUENDO, “Artículo 543”..., 2005, p. 909; SSTS de 16-3-1989, 2-2-1990. Críticamente con la exigencia de este elemento, BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos contra el honor*, Dykinson, 2000, p. 40 y ss.; SÁNCHEZ TOMÁS, “Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia de «animus iniuriandi» en el delito de injurias”, en ADPCP (47), 1994, p. 141 y ss., quienes consideran que tal elemento no se puede diferenciar del dolo mismo consistente en el conocimiento y voluntad de lesionar el honor ajeno.

⁹² Según MIR PUIG, *Parte general*, 8ª ed., 2008, p. 231: “Los delitos de tendencia interna intensificada ...el autor... realiza (la acción) confiriéndole un sentido subjetivo específico”.

⁹³ CASTIÑEIRA PALOU, ADPCP (45), 1992, p. 1134, quien además considera que de esta forma se excluye el peligro de presumir el ánimo de injuriar (N. 17).

Este ánimo de ofender gravemente no concurrirá y la acción será atípica en todos aquellos casos, como sucede con el delito de injurias, en el que concurra otra suerte de ánimo o intencionalidad, como serían la de expresión artística, la de narrar, la de criticar u otro motivo ajeno al de ofender⁹⁴. Por eso, es ciertamente criticable que ante la quema de una bandera o cualquier otro acto de ultraje, venga entendiendo la Jurisprudencia, que el ánimo de injuriar se encuentra insito en los mismos (STS de 16-3-1989), por lo que, sin causa, se invierte la carga de la prueba.

6. TIPO NEGATIVO

Para los autores que no admiten la necesidad del animus iniuriandi, en todos aquellos casos en los que el sujeto activo esté haciendo uso de su libertad de expresión⁹⁵, consideran que la conducta estaría justificada por la eximente de ejercicio de un derecho (artículo 20.7º del Código penal)⁹⁶. Esto pone de manifiesto que el citado tipo, además de ser en muchos supuestos inaplicable, puede llevar al ámbito judicial la contienda política, criminalizando manifestaciones, extremas o que pudieran considerarse de mal gusto, como pudieran ser las que se derivan de la expresión política o artística más radical, pero no violentas⁹⁷.

⁹⁴ Así, el AJI de Sant Feliu de Llobregat, de 4-5-2007, F.J. Cuarto, afirma que no concurre el animus injuriandi pues las expresiones por la que se le denuncia, al ser vertidas en una entrevista televisiva, son reproducción de lo que Rubianes dice en su obra teatral. Cfr. GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, *Delitos contra la Constitución*, en C. Lamarca Pérez, *Derecho penal. Parte Especial*, Colex, 4ª ed. 2008, p. 720.

⁹⁵ Indirectamente lo reconoce, la SAP de Valencia de 24-3-1999, cuando establece, en el caso de unos hinchas del FC Barcelona que queman una bandera española que portaban seguidores del F.C. Mallorca, que "...cosa distinta es que, sin realizar actos ni expresiones ultrajantes, se manifiesten ideas u opiniones contrarias a la unidad de España, de signo claramente independentista, cosa que, si es realizada con el debido respeto, tiene pleno amparo legal".

⁹⁶ En contra, SAP de Guipúzcoa de 23-1-2002 (vid. supra); SAP de Girona 3ª 754/2005, de 29-7, f.j. quinto, la cual afirma que "la acción de quema de una bandera no se halla legitimada por el derecho a la libertad de expresión", STS 1112/1996, de 26-12, la cual declara que la acción de quemar una bandera no se halla legitimada por el derecho a la libertad de expresión, lo que obliga a desestimar la alegación y en definitiva, la apelación; también, en este sentido, SAP Girona 3ª 754/2005, 29-7.

⁹⁷ Cfr. Auto de 4-5-2007 del Juzgado de Instrucción de Sant Feliu de Llobregat, «Faltan en consecuencia tanto el elemento objetivo —no hay ofensa ni ultraje a España porque no hay en las palabras de Rubianes referencia a ésta como nación— como el subjetivo —no hay animus iniuriandi referido a España como

7. CONCURSO

El delito de ultrajes es ley preferente, por especialidad, con relación a los delitos genéricos contra el honor. Habrá, sin embargo, concurso de delitos con los desórdenes públicos (vid. supra 4.1.3) y otros delitos próximos. No obstante distintas resoluciones judiciales, bien por efecto del principio acusatorio, bien porque se opta por la absorción, aplican el concurso de leyes, desconociendo el plus de antijuridicidad que prevé el artículo 543⁹⁸

El caso Rubianes es también un buen ejemplo de las dudas y oscilaciones que genera el art. 543. Ante los mismos hechos referenciados (supra apdo 1.-), la Fiscalía acusó por un delito de ultrajes; Rómulo Antonio Tenes Ocaña formuló querrela por injurias de los arts. 208 y 209; y la Asociación para la Defensa de la Nación Española interpuso querrela contra Pepe Rubianes como autor y contra Albert Om Ferrer como cooperador necesario de un delito de provocación o incitación al odio contra una parte de la población por motivos relativos a su origen nacional en concurso ideal con un delito de ultrajes a España.

Nación y sí un ejercicio por parte del actor de sus derechos a la libertad de expresión y de ideología que se patentiza manifestando su oposición "... a esa España negra, cavernícola, reac1ET7ola, 2(ontra)-ytra oifela, que condcomo -