

# Constitucionalidad del delito de ultraje a la bandera nacional



*Tomas Torres Peral*  
Academia de las Ciencias y las Artes Militares  
Sección de Pensamiento y Moral Militar

16 de febrero de 2022

## Introducción

Nuestro Código Penal establece en su artículo 543 el «delito de ultrajes», con la finalidad de proteger a España, a sus comunidades autónomas y a sus símbolos o emblemas, frente a injurias graves u ofensas a la Nación española. En concreto, el precepto señala «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».

La conducta tipificada en el mencionado artículo consiste en realizar «ofensas o ultrajes», algo que la doctrina y la jurisprudencia han considerado como equivalente a «injuria grave». Las «ofensas o ultrajes» a los que se refiere el Código penal pueden efectuarse «de palabra, por escrito o de hecho». Las ofensas han de ir dirigidas contra «España, sus comunidades autónomas o sus símbolos o emblemas».

La jurisprudencia ha venido señalando que «El objeto material del delito de ultraje a la bandera está compuesto por la Nación española, el sentimiento de su unidad, el Estado, su forma política, así como sus símbolos y emblemas, siendo

éstos compatibles con las enseñas de las Comunidades Autónomas...el himno y el escudo».

Es esencial en las conductas ofensivas que éstas se realicen con publicidad, lo que significa que deben ser realizadas en presencia de otras personas, porque «si tal elemento no concurre, la ofensa no trasciende del ámbito privado y resulta absolutamente inocua».

El artículo 543 impone a los autores del delito de ultraje la pena de multa de siete a doce meses y ninguna de las acciones tipificadas se sanciona con penas privativas de libertad, quedando impunes aquellas acciones que los tribunales consideren un ejercicio de libertad de expresión.

### **Crítica de inconstitucionalidad**

Existe un amplio sector de la doctrina española que se muestra abiertamente partidaria de la despenalización del delito de ultrajes, y su correspondiente desaparición del Código Penal, por su posible inconstitucionalidad o por cuestiones de política penal, ya que consideran que un sistema político democrático avanzado no necesita la protección legal de sus símbolos, o porque entienden que, la protección de los actuales símbolos de España tienen una connotación con un régimen anterior que rechazan, en íntima relación con una concepción de Estado-Nación-Patria que consideran superada.

También hay quien se opone a la criminalización de estas conductas porque, según ellos, se trata de un ilícito que carece de bien jurídico merecedor de protección penal, ya que consideran que, en este caso, no supera el filtro de la importancia y necesidad social. Es cierto que en España existen determinados grupos sociales para los que este delito no tiene la más mínima aceptación y que, incluso, hay partidos políticos que abogan por su desaparición, aunque no es menos cierto que las conductas penadas por este delito suelen tener un amplio y generalizado rechazo en la sociedad española en su conjunto.

De todas las razones que se alegan para despenalizar el delito de ultraje a España, en mi opinión, la más sustancial es la derivada de su posible colisión con el derecho a la libertad de expresión e ideológica. En este delito se suele aceptar que el bien jurídico protegido son los símbolos del Estado y, según algunos, la protección de estos símbolos no puede anteponerse al ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, considero que ambas cuestiones no son incompatibles y resulta posible la debida protección de los símbolos del Estado con un razonable ejercicio de los derechos fundamentales.

De ahí la importancia de la sentencia 1691-2018 de 15 de diciembre de 2018 del Tribunal Constitucional que analizamos, la que confirma su constitucionalidad, aunque por la mínima y con cinco votos particulares. En todo caso, hay que tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional que establece que los derechos fundamentales deben ser interpretados de la manera más amplia al contenido de los mismos, aunque dichos derechos no son ilimitados. Ello nos lleva a la conclusión de que estamos ante un delito de interpretación restrictiva, muy propio del derecho penal y su principio de intervención mínima. De ahí la necesidad de que los ultrajes sancionados penalmente deban ser solo aquellos que revistan especial gravedad, así como los que sean imposibles de incardinarlos dentro de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e ideológica.

En todo caso, entiendo que no existe un «derecho a ofender» y cualquier manifestación política o ideológica, por muy desabrida que nos pueda resultar, no debería alcanzar la ofensa, sobre todo la gratuita e innecesaria, de manera que, ante manifestaciones especialmente graves e injuriosas, no debería existir el deber jurídico de soportarlas.

## **Derecho comparado**

En Francia se sanciona en los mismos términos tanto el ultraje a la bandera como al himno nacional. Este delito está configurado en el artículo 435 del Código Penal: «el hecho de ultrajar, de ofender en público el himno nacional o la bandera tricolor será condenado a una multa de 7500 euros». Si el hecho es cometido en grupo, la pena se agrava de manera que en este caso «el desacato será castigado con seis meses de prisión y multa de 7500 euros».

En Italia el artículo 292 del Código Penal italiano «*Vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato*» castiga 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. Por su parte, el artículo 291 sanciona «*el vilipendio alla nazione italiana*», siempre que se realice públicamente, con pena de reclusión de uno a tres años.

En Grecia se sanciona con una pena de hasta dos años de cárcel a los autores de la destrucción de una bandera nacional o cualquier otro símbolo nacional, e incluso por insultar a su himno nacional. Por añadidura, también tipifica como delito la ofensa a «la bandera o el emblema oficial de la soberanía de un Estado extranjero», en cuyo supuesto, la pena sería de hasta seis meses de cárcel.

En Alemania se sanciona con la pena de tres años de prisión o multa a quien públicamente injurie o envilezca a la RFA o a alguno de sus Länder, o a su orden constitucional o, difame los colores, la bandera, el escudo o el himno de la RFA, o de alguno de sus estados. Esa misma pena está prevista para quien «retire, destruya, dañe, inutilice o haga irreconocible una bandera izada en público de la República Federal de Alemania o de alguno de sus Estados o un símbolo de soberanía de la República Federal de Alemania o de alguno de sus Estados expuesto públicamente por alguna autoridad o haga con ello escándalo público injurioso». También está previsto un tipo agravado para quienes se empeñen intencionalmente «contra la existencia de la República Federal de Alemania o contra los principios constitucionales». En este caso, la pena será de 5 años de cárcel o multa.

El Reino Unido no sanciona penalmente ningún tipo de ultraje a la bandera nacional.

Quemar la bandera en EE. UU. no constituye delito. Un dictamen de 1989 del Tribunal Supremo de este país, ampara la quema y otros actos de profanación a la bandera bajo el derecho a la libertad de expresión que defiende la Primera Enmienda de su Constitución.

## **Hechos y sentencias condenatorias**

En las sentencias impugnadas (primera instancia y apelación, que la confirma) se declara que los trabajadores de la empresa encargada del servicio de limpieza de las instalaciones militares del arsenal de Ferrol, que se encontraban en huelga por el impago de sus salarios, se venían concentrando todos los días frente a la fachada principal del arsenal militar de Ferrol, haciéndolo minutos antes de las 08:00 horas de la mañana, que era el momento en que tenía lugar la ceremonia del acto solemne de izado de la bandera con interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada.

También queda recogido en aquellas resoluciones que todos los días en que se realizaron esas concentraciones, los trabajadores en huelga hacían ruido, realizaban pitadas o abucheos, con pitos, bubucelas, ollas, sartenes y megáfonos, durante el acto de izado de la bandera, y proferían consignas como «*a bandeira non paga as facturas*», para llamar la atención de los viandantes.

Sobre las 08:00 horas del día 30 de octubre de 2014, los trabajadores en huelga volvían a concentrarse, y en un momento determinado durante el izado de la bandera, el demandante de amparo, que era representante de un sindicato nacionalista gallego, valiéndose de un megáfono, dijo las frases: «*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».

Consideran las sentencias impugnadas que aquellas expresiones «constituyen un delito de ultrajes a España del art. 543 CP», tipo que castiga «las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas».

Se razona en las sentencias que el encausado actuó «con ánimo de menospreciar o ultrajar», por cuanto las expresiones proferidas constituyeron su concreta respuesta a una previa solicitud para que rebajasen el tono de las protestas que venían realizando durante el izado de la bandera nacional.

Se añade que tales expresiones generaron en la autoridad y personal militar, ajenos al conflicto laboral, «un intenso sentimiento de humillación, proporcional a la gravedad del ultraje». También se argumenta que el hecho de que las expresiones enjuiciadas se profirieran con publicidad, a las puertas del arsenal militar de Ferrol, durante un acto solemne militar, añade «la nota de capacidad de alteración de la normal convivencia ciudadana» Por todo ello, la conducta enjuiciada no se considera amparada en el derecho a la libertad de expresión y se entiende subsumible en el delito tipificado en el art. 543 del Código Penal, lo que determina la condena impuesta. Y ello, a diferencia de otras consignas que se consideran impunes penalmente y que se gritaron durante las protestas relacionadas, como, por ejemplo, «*a bandeira non paga as facturas*», o con las pitadas, abucheos y empleo de artilugios sonoros en esas mismas protestas.

## **Razones de la constitucionalidad**

En la sentencia del recurso de amparo presentado, que es rechazado, el Tribunal Constitucional para analizar la constitucionalidad de las sentencias condenatorias dictadas, se ve obligado a realizar un juicio de ponderación entre el reclamado ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la protección del interés general que entraña la defensa de los símbolos del Estado. Para ello, el Constitucional considera relevante las siguientes circunstancias:

- i) El momento en que las expresiones fueron proferidas: se trataba del izado de la bandera nacional, con interpretación del himno nacional y la guardia militar en posición de arma presentada, es decir, la ceremonia más solemne de todas las que tienen lugar en un acuartelamiento militar, en la que se hace un acto de especial respeto y consideración a la bandera y al himno nacional.

- ii) La utilización del término «puta» para calificar a la «bandeira» y, además, ambas palabras insertadas en la expresión «*hai que prenderlle lume á puta bandeira*».
- iii) La innecesiedad de las dos expresiones proferidas para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los concentrados.
- iv) La falta de vínculo o relación de las expresiones utilizadas con la reivindicación laboral que estaban llevando a cabo.
- v) El «intenso sentimiento de humillación» que, según refiere la sentencia de apelación, sufrieron los militares presentes en el acto, y también la manifestación de algunos de los trabajadores participantes en la concentración, que dijeron «no, eso no».

El Tribunal Constitucional declara acertadamente que el derecho a la libertad de expresión «no ampara las expresiones ofensivas, que no guarden relación con las ideas u opiniones que se manifiestan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». En base a ello, considera que el demandante de amparo utilizó dos expresiones en las frases que pronunció, las de «puta» y «bandeira» que, unidas, encierran un mensaje de menosprecio hacia la bandera nacional, que cumple una función integradora de la comunidad, en cuanto símbolo político que refuerza el sentido de pertenencia a ella. Añadiendo que «aquellas expresiones eran de todo punto innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales» defendidas por los trabajadores en huelga.

Por otra parte, en alguna ocasión se había utilizado la frase «*a bandeira non paga as facturas*», que ha quedado fuera del reproche penal, porque se entendía que, aunque con expresión de tono ácido y desabrido, era conforme al ejercicio de la libertad de expresión de los reclamantes que solo pretendían llamar la atención.

Cabe destacar que uno de los dos mensajes difundidos a través del megáfono era «había que prenderle fuego a la “puta bandera”», sin añadir ninguna otra palabra más asociara ese deseo a las reivindicaciones laborales defendidas en la concentración.

También resulta relevante para el Tribunal Constitucional el contexto en que aquellas frases, el del acto de izado de la bandera, así como que, cuando se escucharon aquellas expresiones en alta voz, algunas de las personas concentradas declararon «no, eso no», lo que acredita el expreso rechazo de algunos de los manifestantes a las ofensivas frases del representante sindical.

El Constitucional considera que el uso de la palabra «puta» para referirse a la bandera de España, denota en sí mismo un contenido de menosprecio a este símbolo del Estado. Añadiendo que, si a dichas palabras se une la expresión que «hay que prenderle fuego», configuran un mensaje que conlleva una carga de rechazo hacia 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. Y, además, revela un mensaje de beligerancia hacia los principios y valores que aquella representa.

Por añadidura, señala el Constitucional que la expresión del deseo de quemar la bandera de España, supone «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»



El Tribunal Constitucional, tras analizar la jurisprudencia alegada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su juicio, considera que no es de aplicación a este caso y que razones de espacio nos impide su examen, concluye que:

- i) cuando la expresión de una idea u opinión se hace innecesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en esta ocasión la reivindicación laboral;
- ii) cuando aparece de improviso y no tiene que ver, por su desconexión, con el contexto en que se manifiesta;
- iii) cuando, además, por los términos empleados, se proyecta un reflejo emocional de hostilidad y

- iv) cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos, «el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión».

## **Conclusión**

El delito de ultraje a España y a su bandera es constitucional, pero con una gran oposición en el seno del Tribunal Constitucional, en la doctrina científica y en algunas fuerzas políticas, fundamentalmente por su eventual colisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión e ideológica, apoyados por determinada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque de dudosa aplicación al caso enjuiciado. En mi opinión, resulta compatible el delito de ultraje que sancione conductas especialmente graves e injuriosas, con un razonable ejercicio de los derechos fundamentales, que no son ilimitados, tal y como existen en otras jurisdicciones de nuestro entorno.