

Luis Cazorla González-Serrano
(DIRECTOR)

Pablo Chico de la Cámara

José Luis Peña Alonso

Alejandro Blázquez Lidoy

Alberto Palomar Olmeda

(COORDINADORES)

ESTUDIOS EN HOMENAJE
AL PROFESOR
LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO

(Volumen II)

THOMSON REUTERS

ARANZADI

Algunas reflexiones sobre la protección penal de la Corona y de otros símbolos del Reino de España

FERNANDO GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI

Doctor en Derecho y Doctor en Ciencias Políticas

Vicedirector de la Real Academia Matritense de Heráldica y Genealogía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PARECER DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS SÍMBOLOS DEL ESTADO. III. LAS INJURIAS Y CALUMNIAS CONTRA S. M. EL REY Y ALGUNOS DE SUS FAMILIARES. IV. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 543 DEL CÓDIGO PENAL. V. ALGUNAS RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS ARTÍCULOS 490, 491 Y 543 DEL CÓDIGO PENAL. VI. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA SOBRE ESTA CLASE DE DELITOS.

I. INTRODUCCIÓN

El heterogéneo magma político que sustenta la actual coalición gubernamental se ha propuesto como uno de sus objetivos prioritarios impulsar toda clase de iniciativas encaminadas a imponer una sociedad niveladora, engalanada con los quiméricos ropajes de la igualdad. Para conseguir sus designios de una *polis* uniforme –por cuyos réditos compiten también las oligarquías plutocráticas y las grandes corporaciones multinacionales– la ingeniería social progresista se ha fijado como meta irrenunciable lograr la isocefalía universal. Y esta distopía solo puede consumarse fomentando previamente todos aquellos hábitos mentales que puedan generar individuos desarraigados, anónimos e intercambiables, es decir rompiendo por completo con los lazos comunitarios que tejieron con paciencia de relojero nuestros mayores –llámense Familia, Escuela, cuerpos intermedios, Iglesia de Roma o Monarquía– y colocando en su lugar la faramalla prometeica del transhumanismo y otras aberraciones sociales, presentadas siempre por la propaganda sistémica como señuelos apetecibles y gozosos.

Resulta indudable que los relatos de origen, los mitos genealógicos de la

vieja Europa, los fundamentos inconscientes de la creación colectiva, los caracteres y arquetipos nacionales y la variada floresta de *stemmas* y símbolos políticos e institucionales que siguen todavía activos, desplegando sus efectos en el imaginario de nuestra sociedad industrial, constituyen un escollo muy incómodo para las ensoñaciones hegemónicas del Nuevo Orden Mundial. Incluso las monarquías contemporáneas, bastante aguadas y disminuidas, suponen un obstáculo o *katejón* que entorpece el programa totalitario de la modernidad.

Con este telón de fondo, han sido varios los anuncios de reformas legislativas muy ideologizadas y controvertidas que han ido trascendiendo a la opinión pública en estos últimos meses. Una de ellas ha sido la Proposición de Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para despenalizar las injurias a la Corona y los ultrajes a España y sus símbolos, presentada el 11 de agosto de 2020 en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Republicano. Dicha Proposición está redactada en los siguientes términos: “*Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se modifica en los siguientes términos: Único. Se suprime el apartado 3 del artículo 490 y los artículos 491 y 543. Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica*”¹.

Recordemos que los artículos 490.3 y 491 se encuentran ubicados en el Capítulo II, *Delitos contra la Corona*, del Título XXI, *Delitos contra la Constitución*, del Libro II del vigente Código Penal, y establecen lo siguiente:

Artículo 490.

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

Artículo 491.

1. Las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses.

2. Se impondrá la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del Rey o Reina o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro

1. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 107-1, de 07/09/2020.

de la Regencia, o del Príncipe o Princesa de Asturias, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona.

El artículo 543 integra, como precepto único, el Capítulo VI, *De los ultrajes a España*, del mismo Título y Libro:

Artículo 543.

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.

Los términos “Rey o Reina” y “Príncipe o Princesa de Asturias” fueron introducidos en sustitución de las anteriores referencias al “Rey” y al “Príncipe heredero de la Corona” conforme establece el número doscientos cincuenta y nueve del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El 27 de octubre de 2020 fue el día fijado para celebrar la sesión plenaria de toma de consideración de la Proposición. Por el grupo parlamentario formulante tomaron la palabra Carolina Telechea Lozano y Marta Rosique Salto, diputadas por Barcelona de Esquerra Republicana de Catalunya. Ambas enmarcaron la reforma propuesta en el derecho a la libertad de expresión. TELECHEA sostuvo que “*si ustedes mantienen el derecho de injurias a la Corona es esencialmente por dos motivos. Uno, la sacralización de la Corona, otorgándole unos derechos medievales en que el rey es tan intocable que no se puede ni utilizar la sátira política en su contra y, dos, porque actúan como fanáticos monárquicos que pretenden imponer la monarquía silenciando cualquier oposición*”. Invocó expresamente diversas leyes y tratados internacionales, cuando lo cierto es que Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha requerido de España en ningún momento la derogación de estas normas penales que protegen el honor y la reputación de la Jefatura del Estado, por la sencilla razón de que no son incompatibles con la Convención Europea de Derechos Humanos. Rosique se preguntó “*¿Cuál es la diferencia entre quemar una foto del rey y de cualquier otro? La diferencia está en la concepción medieval que tienen ustedes de la monarquía*” y concluye: “*Motivos para injuriar al rey y a su familia tenemos unos cuantos*”².

Obviamente, no podemos reproducir sus alegatos íntegros. Coinciden, en líneas generales, con la cháchara *progre* que acostumbra a destilarse en estos asuntos. Sus denuestos y descalificaciones sobre la Corona nos parecen fruto más del desaseo intelectual que de una actitud científica más o menos provocativa. En cuanto a la utilización peyorativa de la expresión “medieval”, recomen-

2. Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 57, de 27/10/2020.

damos a las deslenguadas diputadas la lectura de cualquiera de los ensayos de la mundialmente reconocida historiadora Régine Pernoud (1909-1998), que con segura erudición y enorme lucidez desmonta uno a uno el cúmulo de estereotipos –en su mayoría malintencionados– que ocultan el esplendor intelectual, artístico y espiritual de una época, la Edad Media, que algunos desinformados todavía se empeñan en ignorar.

La toma en consideración fue rechazada por 273 votos en contra (que incluyen a los grupos parlamentarios mayoritarios, Socialista, Popular, Ciudadanos y Vox), 73 a favor y 4 abstenciones. Debe subrayarse que el grupo parlamentario socialista, por boca de la diputada Isaura LEAL FERNÁNDEZ, sostuvo su posición en base a criterios de mera oportunidad:

No es el momento de abrir este debate sobre la despenalización. Abrir ahora este debate, descontextualizar esta reforma que nos proponen, no hace sino distraer y situarlo en el ámbito de la demagogia, de las interpretaciones interesadas de los malintencionados; nada conveniente ni deseable en estos tiempos en los que es necesario priorizar nuestras actuaciones para afrontar la pandemia y sus consecuencias sociales y económicas³.

No pretendemos realizar en este trabajo un análisis completo y sistemático de las figuras delictivas cuestionadas por la Proposición republicana sino únicamente, como su título indica, apuntar “*algunas reflexiones*” sobre determinados aspectos de las mismas que no han merecido hasta el momento demasiada atención por parte de la doctrina.

II. EL PARECER DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS SÍMBOLOS DEL ESTADO

El carácter simbólico de la Corona y su protección penal fueron abordados por el Tribunal Constitucional en su sentencia 177/2015, de 22 de julio, al examinar el recurso de amparo promovido por dos ciudadanos independentistas que el 13 de septiembre de 2007 quemaron públicamente el retrato de los Reyes de España, en vísperas de la visita de Don Juan Carlos a la ciudad de Gerona. Los recurrentes denunciaron formalmente la vulneración de sus libertades ideológica (art. 16.1 CE) y de expresión (arts. 16.1 y 20.1 a) CE).

Desde la perspectiva de dilucidar si los hechos considerados probados por las sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Juzgado Central Penal, y que fueron tipificados como constitutivos de un delito de injurias a la Corona, del art. 490.3 del Código Penal, fueron expresión de una opción política legítima o si, por el contrario, perseguían desencadenar un reflejo

3. Ibídem.

emocional de hostilidad, incitando y promoviendo conductas incompatibles con el sistema constitucional, el Tribunal Constitucional destaca que

la destrucción de un retrato oficial posee un innegable y señalado componente simbólico... En este sentido, la Constitución garantiza el derecho fundamental a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones no sólo mediante la palabra o el escrito, sino también mediante "cualquier otro medio de reproducción" [art. 20.1 a) CE]. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado que el art. 10 CEDH no protege sólo las ideas e información objeto de expresión, sino también la forma en que se plasman, por lo que su jurisprudencia en relación con tal precepto abarca las modalidades habituales de expresión (discurso oral y escrito), pero también otros medios menos obvios de expresión, como la exhibición de símbolos o la realización de conductas aptas para transmitir opiniones, ideas o información (por todas, STEDH de 21 de octubre de 2014, caso Murat Vural c. Turquía, §§ 44-51). Por ello, las personas también pueden manifestar sus ideas y opiniones mediante un lenguaje simbólico (symbolic speech), o bien mediante otras conductas expresivas (expressive conduct). El componente significativo o expresivamente inocuo de determinados símbolos, actitudes o conductas dependerá, pues, del contexto que integre las circunstancias del caso (FJ 3º).

Sentada esta premisa, el Tribunal pasa a enjuiciar la constitucionalidad de la condena penal de los demandantes de amparo por un delito de injurias a la Corona, a la luz de los hechos declarados probados en la vía judicial:

La utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre. Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado "discurso del odio" son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes. En estos términos deben valorarse los hechos ocurridos el 13 de septiembre de 2007 en la plaza mayor de la ciudad de Girona, donde, tras haber situado en la plaza mayor de la ciudad de Girona una estructura metálica en la que se sujeta una fotografía de las efigies en tamaño real de los Monarcas, puesta "boca abajo", los oficiantes, encapuchado uno y embozado otro, le prenden fuego mediante una antorcha, al tiempo que otras personas aprueban la acción con gritos y aplausos. La escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser

ajusticiados, sin que deba dejar de advertirse además que el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE) (FJ 4º).

Concluye el Tribunal Constitucional afirmando:

Quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio. Hemos de reiterar que los recurrentes actuaron al término de la manifestación previa, cuya legitimidad no se cuestiona, y lo hicieron de manera premeditada. Ello denota que los demandantes aprovecharon la celebración de la previa reunión para, una vez concluida, realizar la actuación descrita. La ausencia de espontaneidad en el comportamiento de los demandantes es patente, puesto que la quema de la fotografía no surge de forma instantánea en el contexto de la manifestación y al hilo de la crítica sobre el modelo constitucional de Estado o como expresión de la ideología antimonárquica e independentista de los recurrentes. Dicho acto fue, por el contrario, fruto de una actividad diseñada de antemano y orientada a mostrar el mayor grado de hostilidad frente a la institución de la Corona (fund. J. 4º).

Por las razones sucintamente expuestas, el Pleno del Tribunal Constitucional proclamó, con el voto particular discordante de tres de sus miembros, que la conducta que determinó la condena de los demandantes no estuvo amparada constitucionalmente por los derechos invocados en la demanda a la libertad de expresión o de creencias, por lo que no merece la protección dimanante de los arts. 16.1 y 20.1 a) CE. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 13 de marzo de 2018 (*asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España*), compartiendo la florida indulgencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en este tipo de procesos, ha considerado que España violó en este caso la libertad de expresión. En una decisión expuesta en cinco puntos, sus siete magistrados estiman que el comportamiento de los acusados fue parte de una crítica “política, más que personal, de la institución de la monarquía en general y en particular a la monarquía española como nación” y rechazan la idea defendida por la justicia española de que la quema de la foto constituyera un “ataque personal” al monarca dirigido a “insultar y denigrar a su persona”, sino que lo contemplan como “una denuncia de lo que el Rey representa como jefe y símbolo del aparato del Estado y de las fuerzas que, según los denunciantes, ocuparon Cataluña”. Algo que, concluyen los jueces de Estrasburgo, “entra dentro de la esfera de la crítica política o la disidencia” y, por tanto, “corresponde a la expresión de rechazo de la monarquía como institución”⁴. Sobre esta resolución, el catedrático y académico Santiago MUÑOZ MACHA-

4. OCHOA RUIZ, N., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto ‘Stern Taulats y Roura Capellera’ c. España, demandas núm. 51168/15 y 51186/15, sentencia de 13 de marzo de 2018”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6 (2019).

DO ha señalado que *“habría que hacerle notar a Estrasburgo que depende del contexto. No es lo mismo aceptar esa acción como simple manifestación de la libertad de expresión que admitirla sin condiciones cuando es una actuación vinculada a otros delitos relacionados con la integridad nacional, que es un valor expresamente protegido por el artículo 10.2 del Convenio europeo”*⁵.

Junto al Rey de España, a quien la Constitución de 1978 atribuye expresamente en su artículo 56.1 la condición de símbolo de la *“unidad y permanencia”* del Estado, la Bandera, el Escudo y el Himno Nacional son los otros tres símbolos nacionales más relevantes, aunque no los únicos. Según la página web de la Casa de S. M. el Rey, que reproduce un *“texto facilitado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales”*, son *“Símbolos de Estado”*

el conjunto de signos, emblemas, y distintivos empleados con carácter oficial para representar la soberanía de la Nación y el conjunto de los poderes constitucionales del Estado emanados del pueblo español. Entre estos símbolos de Estado de ámbito nacional se encuentran la Bandera, el Escudo y el Himno nacionales, cada uno de los cuales simboliza la soberanía de la Nación y representa la vigencia en España de los valores contenidos en la Constitución. Existe así una fuerte identificación entre la función representativa de los símbolos del Estado y la Jefatura del Estado, que hace que estos símbolos se identifiquen de forma preferente con la persona de S.M. El Rey y con las funciones que la Constitución le encomienda. La totalidad de los símbolos nacionales que representan hoy los poderes constitucionales del Estado se encuentran vinculados en su génesis histórica a la Corona de España. Recogiendo este origen simbólico, el ordenamiento jurídico vigente reconoce estos símbolos como patrimonio de todos los españoles, establece su carácter oficial y regula su utilización, honores y protección.

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, al señalar que *“entre estos símbolos de Estado de ámbito nacional se encuentran la Bandera, el Escudo y el Himno nacionales”*, está admitiendo implícitamente la existencia de otros símbolos estatales distintos de los tres citados. En esta categoría pueden incluirse impresiones sensoriales diversas –visuales (Bandera y Escudo), acústicas (Himno), festivas (fiestas oficiales, el 12 de octubre a la cabeza de ellas, y determinadas conmemoraciones)– objetos materiales sacralizados o regalías legendarias (como el cetro y la corona de plata sobredorada que presiden las proclamaciones reales) y otros soportes simbólicos (monumentos que atesoran algunas funciones anamnésicas, Reales Órdenes y condecoraciones, sellos postales y monedas, etc.). De cada uno de estos agregados simbólicos nos hemos ocupa-

5. MUÑOZ MACHADO, S., “Arden los símbolos de la patria”, *El Mundo*, 20 de marzo de 2018.

do en un reciente ensayo⁶. No todos estos símbolos merecen la protección del Código Penal en su artículo 543, como enseguida veremos.

Nuestro intérprete supremo de la Constitución se ha pronunciado sobre la naturaleza de los símbolos políticos del Estado (aparte del Rey) en cuatro importantes y significativas resoluciones: sentencias núm. 94/1985, núm. 118/1992, núm. 119/1992 y núm. 31/2010.

Por lo que a aquí nos interesa, su protección penal, son muy relevantes las sentencias núm. 118/1992, de 16 de septiembre, y núm. 119/1992, de 18 de septiembre. En ellas el Tribunal Constitucional resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, respectivamente, por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Valencia, en relación con el art. 10 de la Ley 39/1981, reguladora del uso de la bandera y de otras banderas y enseñas, conocida como la Ley de Banderas. El tenor original de este precepto era el que sigue:

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

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

Tres. Los ultrajes y ofensas a las banderas a que se refiere el artículo tercero de esta ley, se considerarán siempre como cometidas con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo ciento veintitrés del Código Penal.

Para nuestro Tribunal Supremo este último párrafo comportaba una agravación sustancial de las penas en delitos que ya están agravados en el propio Código Penal, distorsionando la tipificación de dicho texto punitivo y conculcando el principio de legalidad, puesto que las normas que previenen sanciones de privación de libertad deben tener rango de ley orgánica, del que carece la Ley de Banderas.

El Constitucional da la razón al Tribunal Supremo, pues el hecho de que los ultrajes y ofensas a la bandera nacional hayan de castigarse siempre con el tipo agravado previsto en el entonces art. 123 del Código Penal, prisión mayor, no constituye un supuesto constitucionalmente válido de remisión normativa o de las denominadas “leyes penales abiertas”, sino que “supone una ampliación del tipo agravado del art. 123 CP, al incluir en el mismo un supuesto adicional no

6. GARCÍA-MERCADAL y GARCÍA-LOYGORRI, F., *Los símbolos políticos, el ceremonial y las distinciones oficiales del Reino de España*, Ediciones Hidalguía y Dykinson, Madrid, 2019.

contenido en el precepto penal" (FJ 3.º). En este sentido, es claro que la agravación penal de los ultrajes y ofensas a la bandera de España en la forma que lo hace la Ley de Banderas, y cualquiera que sea la técnica legislativa utilizada para ello, exige una ley orgánica, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 81.1 y 17.1 de la Constitución, por lo que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y, por tanto, nulo el art. 10, párrafo 3º, antedicho.

En la sentencia núm. 119/1992 el Tribunal Constitucional también declaró inconstitucional el punto 2 del mismo artículo 10. Según la Audiencia Provincial de Valencia, la Constitución española establece en el núm. 2 de su art. 4 que *"los Estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas"*, pero estas banderas no se equiparan a la del Estado, ni lo simbolizan o personifican, pues al disponer el mismo precepto constitucional que *"se utilizarán junto a la bandera de España"*, las diferencia claramente, otorgando valor prevalente a esta última, como, por lo demás, se expresa en desarrollo de este artículo de modo inequívoco, en los arts. 3, 4, 5 y 6 de la reiterada Ley de Banderas, que le conceden siempre lugar preeminente y de máximo honor entre todas las demás. En consecuencia, la protección penal que el art. 123 del Código Penal presta a los símbolos del Estado *"no puede extenderse, mediante su directa aplicación, a los demás símbolos de las Comunidades Autónomas"* y ser invocada frente a los pretendidos ultrajes perpetrados a la bandera valenciana.

El planteamiento que se hizo el Pleno del Tribunal Constitucional de la litis fue, en síntesis

el problema que plantea la presente cuestión no consiste en determinar cuáles son los símbolos del Estado español a efectos del art. 123 C.P., cuestión que corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 C.E.), sino en que la Audiencia proponente ha estimado que el art. 123 del Código Penal, cuando habla de ultrajes a los símbolos y emblemas del Estado y de la Nación española, no le permite per se considerar punibles las ofensas que se puedan hacer a las banderas de las CCAA y que dicha punición sólo le sería posible a partir del art. 10.1 y 2 de la Ley 39/1981, el cual no goza del carácter orgánico que le es exigible. Así pues, nada se imputa al art. 123 del Código Penal ni al art. 10.1 y 2 desde el punto de vista de lo que cabe denominar requisitos sustantivos del principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 C.E. Ninguna duda cabe, por tanto, de que corresponde al legislador definir cuál es la protección penal que se debe brindar a la bandera de España y a las banderas autonómicas, así como que, en atención a lo que ha quedado expuesto, igualmente le corresponde decidir que todos esos símbolos del Estado español queden protegidos por un mismo tipo penal. En consecuencia, la única cuestión que se nos plantea es determinar si la técnica seguida por el legislador al aprobar la Ley 39/1981, y concretamente su art. 10.1 y 2, respeta las exigencias formales del principio de legalidad penal

y específicamente la reserva de Ley Orgánica que es exigible de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 en relación con el art. 17.1, ambos de la CE, a las normas penales que establezcan penas privativas de libertad o restrictivas de otros derechos fundamentales (FJ 1º).

Siguiendo el mismo criterio manifestado en la sentencia núm. 118/1992, el Tribunal Constitucional señaló que *“resulta evidente que así interpretado el precepto, como reforma por remisión de un precepto del Código Penal que impone una pena privativa de libertad, debería haber adoptado el rango de Ley Orgánica”*. Consiguientemente, declaró también inconstitucional y nulo el párrafo segundo del art. 10, de la Ley de Banderas. Consecuencia indirecta de las dos sentencias antedichas, fue la nueva configuración de las conductas sancionadas en el art. 543 del nuevo Código aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Recientemente, el Tribunal Constitucional se ha vuelto a pronunciar sobre este tema. El 15 de diciembre de 2020 acordó, por una diferencia mínima, desestimar el recurso de amparo interpuesto por un representante sindical que, en el curso de una protesta laboral, profirió insultos contra la bandera nacional cuando se celebraba la solemne ceremonia diaria de izado en una base militar. El asunto llegó al Constitucional después de que la Audiencia Provincial de La Coruña confirmara la pena de siete meses de multa impuesta por el Juzgado de lo Penal número 1 de Ferrol por un delito de ultraje a los símbolos de España. Durante el juicio quedó acreditado que, a las 8:00 horas del 30 de octubre de 2014, en la puerta del dique del arsenal militar de Ferrol, en el momento en que se izaba la bandera española, con interpretación del Himno nacional y presencia de un piquete militar en posición de arma presentada, el sindicalista gritó, megáfono en mano, *“aquí tenéis el silencio de la puta bandera”* y *“hay que prenderle fuego a la puta bandera”*. El representante sindical participaba en una protesta de una treintena de trabajadores del servicio de limpieza de las instalaciones militares porque la empresa adjudicataria del contrato no abonaba los salarios. La Audiencia Provincial había destacado que el estamento militar era por completo ajeno al conflicto laboral y que sus integrantes *“sufrieron un intenso sentimiento de humillación, proporcional a la gravedad del ultraje”* y que *“cualquier intento de exculpar la ofensa a nuestros símbolos nacionales so pretexto del ejercicio de derechos fundamentales o de ausencia del dolo específico está abocado al fracaso”*. La demanda sostenía que los jueces habían hecho caso omiso de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión.

La mayoría de los magistrados, seis votos contra cinco, sostuvieron la desestimación del amparo al considerar que los insultos del recurrente a la bandera no pueden estar protegidos por los derechos fundamentales de libertad ideológica y de libertad de expresión. La sentencia considera *“que utilizó dos expre-*

siones en las frases que pronunció, las de 'puta' y 'bandeira', que, unidas, encierran un mensaje de menosprecio hacia la bandera, que cumple una función integradora de la comunidad, que puede ser la nacional, como sucede en el caso de autos, o la de cualquier Comunidad Autónoma, en cuanto símbolo político que refuerza el sentido de pertenencia a ella. Además, aquellas expresiones eran de todo punto innecesarias para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los trabajadores" (FJ 5º).

En su criterio, no se trata de una crítica política o de una protesta contra personajes públicos sino de la ofensa a un símbolo de la Nación, cuya protección frente a los ultrajes es legítima: "*Cuando, como ocurre en el caso de autos, la expresión de una idea u opinión se hace innecesaria para los fines que legítimamente puedan perseguirse, en este caso la reivindicación laboral; cuando aparece de improviso y no tiene que ver, por su desconexión, con el contexto en que se manifiesta; cuando, además, por los términos empleados, se proyecta un reflejo emocional de hostilidad; cuando, en definitiva, denota el menosprecio hacia un símbolo respetado y sentido como propio de su identidad nacional por muchos ciudadanos, el mensaje cuestionado queda fuera del ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión*". La sentencia nos parece un ejemplo de sobriedad, rigor y claridad expositiva. Se redactaron cuatro votos particulares.

III. LAS INJURIAS Y CALUMNIAS CONTRA S. M. EL REY Y ALGUNOS DE SUS FAMILIARES

En la misma línea que otros Códigos europeos, nuestro Código Penal incrimina una serie de conductas afrentosas para con el Jefe del Estado bajo la denominación "Delitos contra la Corona", descritas y ubicadas en un capítulo autónomo, sistemática que nos parece acertada puesto que al Rey le corresponde, como afirma Miguel HERRERO DE MIÑÓN, "*una mayor dignidad formal y de posición*" que a los demás órganos constitucionales⁷. No perdamos de vista que la referencia a la Monarquía Parlamentaria está plasmada en el mismo precepto de nuestra Carta Magna, el artículo 1, en el que se consagran los "*valores superiores*" del ordenamiento jurídico español, emplazamiento que le hace acreedora de un respeto institucional cualitativamente distinto.

Así, los artículos 485 a 491 del Código Penal regulan, de mayor a menor intensidad criminal, desde la violencia extrema (la muerte) contra el Rey y personas de su familia especialmente protegidas, hasta la violencia psíquica (coacciones y amenazas), para concluir con la violencia verbal (calumnias e injurias). Tipifican unos *delicta sui generis* de naturaleza pública, porque lo que

7. HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., "Art. 56. El Rey", *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. V, Cortes Generales y Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997, p. 44.

protegen no es la dignidad personal que merecen los miembros de la Familia Real como ciudadanos particulares sino la propia estabilidad institucional. En cualquier caso, lo verdaderamente importante es la singular y reforzada protección jurídico-penal que el legislador ha querido dispensar a la Corona, al igual que a otros altos organismos del Estado, para defender mejor la división de poderes y los principios constitucionales, como lo demuestra el hecho de que estos delitos figuren en el Título XXI dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución.

Los artículos 490.3 y 491 –delitos de calumnias e injurias a la Corona y utilización de su imagen– que el Grupo Parlamentario Republicano ha pretendido suprimir tipifican delitos pluriofensivos, en la medida en que los bienes protegidos jurídicamente son dos: el honor y dignidad de la más alta magistratura del Estado y el respeto a su titular y a aquellos miembros de su familia que ostentan un *ius ad officium* sobre dicha magistratura. Consecuentemente, la condición del sujeto pasivo y su conocimiento por parte del sujeto activo son circunstancias penalmente relevantes que tienen que ser abarcadas por el dolo del agente y que determinan la aplicación de estos tipos cualificados en lugar de los tipos comunes de calumnias e injurias de los artículos 205 a 216 del Código Penal. La calumnia aparece definida en el art. 205 como la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, y la injuria en el art. 208 como la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público por graves. Hay que resaltar que la pena prevista en ambos casos es una pena de multa, que se concilia con el principio de proporcionalidad.

A falta en nuestro ordenamiento jurídico de una disposición que fije con claridad que personas forman parte de la Familia Real propiamente dicha, el legislador ha optado por incluir entre dichos sujetos pasivos “*a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o Princesa de Asturias*”. La relación no nos parece acertada, a la vista del Real Decreto 1368/1987, de 6 de noviembre, sobre régimen de títulos, tratamientos y honores de la Familia Real y de los Regentes pues, por un lado, incluye a los nietos y bisnietos de los Reyes que, salvo que se tratasen de los hijos de los Príncipes de Asturias, tienen un estatus institucional muy atenuado y, en cambio, deja fuera a los infantes de gracia o privilegio. Hubiera sido mucho mejor suprimir la expresión “*descendientes*” y añadir a final del párrafo “*o a los Infantes o Infantas de España*”. En lo que concierne al concreto artículo 490.3, el profesor Sergio AMADEO GADEA advierte que

En el caso de las injurias a las personas señaladas en el artículo 490.3 CP, el bien jurídico protegido es la incolumidad de éstas, pues en ellas se personaliza la institución constitucional de la Corona, de modo que a través de la protección de aquellas, cuando están en el ejercicio de sus funciones constitucionales “en el ejercicio de sus funciones o con motivo o con ocasión de éstas”, dice el tipo penal se protege la Institución, reconviniendo el bien jurídico al interés general. En el concreto caso del Rey se protege, directamente, la incolumidad del Jefe del Estado que como máxima autoridad de la Nación es objeto de una especial protección, más intensa que la del resto de los ciudadanos pero no más amplia. A través de este tipo penal, sólo se protege el honor del Rey en tanto vaya asociado al ejercicio de su función constitucional, de modo que cualquier otro ataque a su honor fuera de ese ámbito no tendrá más protección que la general de las injurias de los artículos 208 y siguientes del Código Penal⁸.

En parecida línea argumental, los profesores Josep María Tamarit Sumalla y María José Rodríguez Puerta destacan como aspectos novedosos respecto a la regulación que de la misma conducta hacía el Código de 1973 la inclusión expresa de las calumnias y el doble régimen sancionatorio según que el delito se cometa en ejercicio de las funciones del sujeto pasivo o con ocasión de estas (art. 490.3), o fuera de estos supuestos (art. 491.1). Para los autores citados este desdoblamiento –que sustituye a la distinción que hacía el Código de 1973 de que la ofensa se produjere “*en presencia*” del Jefe del Estado, o no– constituye una decisión “*absolutamente desdichada, dado que convierte las calumnias contras las personas específicamente protegidas en un supuesto notablemente privilegiado respecto al régimen común de las calumnias propagadas con publicidad del artículo 206*”⁹.

Coincidimos con los antedichos autores en que la fórmula escogida para distinguir los efectos punitivos resulta “*desdichada*”, pero por diferentes motivos. Aunque no lo parezca a primera vista, la expresión “*en presencia*” como elemento del tipo cualificado que utilizaba el Código de 1973 resulta mucho más precisa y, paradójicamente, más restrictiva que la de “*en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas*”. Porque, ¿cuándo puede decirse que el Rey no se encuentra ejerciendo sus funciones, tratándose de una magistratura suprema a la que el texto constitucional asocia indisolublemente la condición de símbolo de la permanencia y continuidad del Estado? Esta función simbólica es sin duda alguna de trascendental importancia. “*En su virtud* –nos dice el catedrático Francisco Javier DÍAZ

8. AMADEO GADEA, Sergio, *Código Penal: Doctrina jurisprudencial y comentarios*, Factum Libri Ediciones, 2015, pp. 551-557.

9. TAMARIT SUMALLA, J. M. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edic., G. Quintero Olivares, dir., Aranzadi Thomson Reuters, 2011, pp. 2006-2007.

REVORIO— *la figura del monarca se convierte en una imagen personificada del propio Estado, en un emblema del mismo como lo es la bandera (artículo 4 de la Constitución), el himno o el escudo*¹⁰.

Dicho de otro modo, el Rey no es un simple funcionario público que desempeña sus cometidos únicamente en un periodo cronológicamente acotado de la jornada laboral. Una cosa es la actividad concreta prevista en su agenda oficial y otra muy distinta las funciones regias intangibles que por su propia naturaleza *de esencia* le acompañan durante las veinticuatro horas del día. Estas funciones tienen naturaleza política no jurídica y, de modo genérico, están contempladas en el art. 56.1 de la Constitución, que no prevé ninguna limitación o condición para su ejercicio. Como afirma TORRES DEL MORAL: *“la función simbólica es toda la función del Rey; o, dicho por el envés, todo lo que hace el Rey lo hace como símbolo de la unidad y permanencia del Estado”*¹¹. Este planteamiento se refuerza con la tesis mantenida por María José CANDO SOMOANO cuando —a propósito de la naturaleza jurídica de la función regia— se pregunta *“¿se puede ostentar una función que no se traduzca en actuaciones concretas?”* Y contesta: *“Consideramos que la respuesta debe ser afirmativa y que además la única función que puede ejercerse si traducirse en ninguna actuación concreta es precisamente la función simbólica”*¹². Por lo tanto, el carácter de símbolo de la unidad y permanencia del Estado, residuo del antiguo principio monárquico, es inherente al Rey de forma continuada e ininterrumpida, pues hace referencia a un *ser* más que a un *hacer*, careciendo de sentido la apostilla *“en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas”*.

Además, como ya hemos apuntado, algunos familiares del Rey incluidos en la categoría de *“descendientes”* del art. 490.3, no tienen atribuidas *“funciones”* de ninguna clase en nuestro ordenamiento jurídico, ni siquiera representativas o protocolarias, como es el caso de los hijos de los Infantes de España, nietos del Rey. Una simple lectura del artículo 10 del Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Ordenamiento General de Precedencias en el Estado, del artículo 4 del Real Decreto 1368/1987, de 6 de noviembre, sobre régimen de títulos, tratamientos y honores de la Familia Real y de los Regentes y del Capítulo II del Real Decreto 684/2010,

10. DÍAZ REVORIO, F. J., “La monarquía parlamentaria, entre la historia y la Constitución”, *Pensamiento Constitucional*, 20 (2015), p. 82.

11. TORRES DEL MORAL, A., “El Rey y las Fuerzas Armadas”, *La Monarquía parlamentaria, VII Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, p. 225 y “Concepción pansimbólica de la monarquía parlamentaria”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario, Corts Valencianes*, 15, extraordinario por el XXV aniversario de la Constitución española, 2004, pp. 187-217.

12. CANDO SOMOANO, M. J., *El Rey como “símbolo de unidad y permanencia del Estado” en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, 2004, p. 36.

de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares, basta para corroborar esta apreciación. La falta de conocimiento que tienen nuestros licurgos de las normas reguladoras de la Dinastía española resulta muchas veces desconcertante. La hipótesis de haber podido extender la protección penal de los artículos 490.3 y 491.1 a los hermanos Marichalar o Urdangarín (cuando reinaba su abuelo el Rey Don Juan Carlos) resulta a todas luces disparatada.

El incumplimiento de la obligación que tienen las corporaciones locales de colocar, en lugar preferente de sus salones de sesiones, una efigie de Su Majestad el Rey (art. 88.2 Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales) no constituye una conducta típica sino un ilícito administrativo. La restauración de la legalidad no debe exigirse en estos casos por la vía penal sino por la contenciosa.

El penalista Gonzalo Rodríguez Mourullo, que tuvo un papel destacado en la elaboración del Código Penal de 1995, denuncia la incongruencia que supone la punición menor –genéricamente considerada– de las injurias no graves “*en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas*” que la de las injurias no graves que no se vierten en dicho contexto, “*lo que puede conducir a considerar por vía interpretativa que el tipo atenuado contempla sólo las injurias graves y que las demás no son constitutivas de delito (como las generales del art. 208, las del art. 496 y posiblemente las de los arts. 504 y 505)*”¹³.

IV. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 543 DEL CÓDIGO PENAL

El actual artículo 543 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, establece que “*las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses*”.

Los antecedentes remotos de este artículo 543 se remontan al art. 2 de la conocida como Ley de Jurisdicciones de 1906:

Los que de palabra, por escrito, por medio de la imprenta, grabado, estampas, alegorías, caricaturas, signos, gritos o alusiones, ultrajaren a la Nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema de su representación serán castigados con la pena de prisión correccional. En la misma pena incurrirán los que cometan iguales delitos contra las regiones, provincias, ciudades y pueblos de España y sus banderas o escudos.

13. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Civitas, 1997, p. 1251.

A los animosos defensores de la Proposición *republicana* habría que recordarles que el art. 1, apartado VI, de la llamada Ley de Defensa de la República, de 21 de octubre de 1931, disponía que “*Son actos de agresión a la República... La apología del régimen monárquico o de las personas en que se pretenda vincular su representación, y el uso de emblemas, insignias o distintivos alusivos a uno u otras*”, contemplando para los infractores las sanciones, muy severas, de confinamiento, extrañamiento, separación del cargo o postergación en el escalafón, si fueren funcionarios, además de una cuantiosa multa pecuniaria.

El delito de ultrajes a la nación fue incorporado al Código Penal de 1928 y luego al de 1944, inmediato al texto penal vigente, cuyo artículo 123, en la redacción dada por la reforma introducida por el Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, disponía 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*”.

Además de una disminución del rigor de la respuesta punitiva, las principales novedades introducidas por el art. 543 sobre el derogado art. 123 son las siguientes:

a) La expresión “*Nación española*” se ha reemplazado por la de “*España*” y se prescinde de la referencia “*al sentimiento de su unidad*”.

b) La ampliación del sujeto pasivo a las Comunidades Autónomas, que trae su causa en el artículo 10.1 de la Ley de Banderas anteriormente analizado. La protección que esta Ley dispensa a las banderas de las CC. AA. no exigía ni ampliar el reproche penal a las ofensas y ultrajes proferidos a todos sus símbolos y emblemas ni incriminar con la misma intensidad las ofensas y ultrajes contra los símbolos y emblemas de España y las ofensas y ultrajes contra los símbolos y emblemas de las CC. AA. Castigar con la misma pena las ofensas y ultrajes a la bandera de España y a las banderas de La Rioja o de la Región de Murcia, pongamos por caso, nos parece, se mire como se mire, un dislate. El tenor del artículo 144 b) y de la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución de 1978 –“*Las ciudades de Ceuta y Melilla podrán constituirse en Comunidades Autónomas...*”– permite incluirlas en el ámbito que comentamos.

c) El artículo 543 ha mantenido los términos “*a sus símbolos o emblemas*”, mención injustificadamente amplia e indeterminada, teniendo en cuenta que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal de “símbolo” ni de “emblema”. Como ya hemos visto, los “símbolos” y “emblemas” de España son muchos y variados. El legislador podía haber intentado restringir el tipo, mencionando expresamente la Bandera, el Escudo y el Himno nacionales, los tres símbolos políticos arquetípicos de toda nación

soberana, o añadiendo la apostilla “oficiales”, pero no lo ha hecho. En nuestra opinión el artículo da cobijo exclusivamente a aquellos signos que, según distintos preceptos legales, son representación de España y sus CC. AA., y su uso sea institucional y público, categoría en la que podemos incluir la Bandera, el Escudo y el Himno nacionales, y las banderas, escudos e himnos autonómicos. Estos preceptos son el artículo primero de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas de Banderas (“*La bandera de España simboliza la nación, es signo de la soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución*”), los artículos segundo y tercero del mismo texto legal que ponen en íntima conexión el Escudo de España con la Bandera de España (“*En la franja amarilla se podrá incorporar, en la forma que reglamentariamente se señale, el escudo de España. El escudo de España figurará, en todo caso, en las banderas a que se refieren los apartados uno, dos, tres y cuatro del artículo siguiente*” y “*el escudo de España, se colocará en los locales de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares, en las residencias de sus Jefes y, en su caso, en sus medios de transporte oficial*”), el artículo primero de la Ley 33/1981, de 5 de octubre, del Escudo de España, que aprueba y describe el escudo nacional, el Real Decreto 2964/1981, de 18 de diciembre, que hizo público el modelo oficial del mismo y, finalmente, el artículo 1 de Real Decreto 1560/1997, de 10 de octubre, por el que se regula el Himno Nacional (“*El himno nacional de España es el conocido tradicionalmente por ‘Marcha Granadera’ o ‘Marcha Real Española’*”). El carácter simbólico y representativo de las banderas, escudos e himnos de las CC. AA. así como su descripción, están contemplados en las llamadas cláusulas identitarias de los Estatutos de Autonomía, ubicadas en sus respectivos títulos preliminares.

d) La acción ya no consiste solo en el *ultraje*, sino que se amplía a la más genérica de *ofensa*, que respecto de las banderas pudieran traducirse en conductas como romperlas, quemarlas, pisotearlas, escupir sobre ellas o arriarlas del mástil dónde estaban colocadas y después dejarlas tiradas en el suelo¹⁴. Esta referencia alternativa a las ofensas “*peca de superflua y perturbadora*”, según el magistrado José Luis Manzanares Samaniego¹⁵. A nosotros nos parecen expresiones sinónimas, tal y como dictamina el Diccionario de la Real Academia Española. Para el fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia Antonio

14. Vid. Tribunal Supremo, sentencias de 6 de diciembre de 1985 y 26 de diciembre de 1996; Audiencia Provincial Guipúzcoa (Sección 2.^a), sentencia de 23 enero 2002; Audiencia Provincial Gerona (Sección 3.^a), sentencia de 29 julio de 2005; Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.^a), auto de 9 de febrero 2006; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6.^a), sentencia de 5 octubre de 2009.

15. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios al Código Penal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 1572.

Roma Valdés “*el elemento subjetivo integra la acción de humillar, no existiendo en las acciones críticas o reivindicativas*”¹⁶.

e) La mayor precisión del *modus comisivo*: “*por escrito o de hecho*”.

f) La exigencia típica de que el ultraje o la ofensa sean *con publicidad*, es decir trascendiendo el ámbito de la intimidad, de modo que quedan despenalizadas las ofensas o ultrajes cometidos a la bandera u otros símbolos institucionales sin posible comunicación a terceros. El artículo 211 del Código Penal aclara que “*La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante*”.

g) Además, la acción debe ser realizada por un *civil*, puesto que cuando se ejecuta por un *militar* adquiere sustantividad de ilícito penal autónomo. De este modo, el artículo 36, párrafo primero, de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, dispone

El militar que ofendiere o ultrajare a España, su Bandera, Himno o alguno de sus símbolos o emblemas, a la Constitución o al Rey, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. Cuando el delito fuere cometido con publicidad, ante una concurrencia de personas o en situación de conflicto armado o estado de sitio se impondrá la pena incrementada en un quinto de su límite máximo. En todo caso se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

Son militares, a efectos de este precepto, quienes al momento de la comisión del delito posean dicha condición, de conformidad con las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma. Del delito militar se excluyen los “símbolos y emblemas” de las Comunidades Autónomas que, en cambio, sí se hayan protegidos en los artículos 6.1 y 7.1 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Estos preceptos sancionan, respectivamente, las expresiones o actos levemente irrespetuosos (falta leve) y las expresiones o actos contrarios, irrespetuosos o de menosprecio (falta grave) a “*la Bandera, Escudo o Himno nacionales; las Comunidades Autónomas, Ciudades con Estatuto de Autonomía o Administraciones Locales y sus símbolos*”. Adviértase la extensión de los tipos disciplinarios que implica este último inciso, abierto a los símbolos y emblemas de Ceuta y Melilla y de las entidades locales. En paralelo, el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, sanciona como falta grave “*La comisión de actos que atenten a la dignidad de las instituciones o poderes del Estado, de las Comunidades Autónomas o Administraciones Locales, a las personas o autoridades que los encarnan o a sus símbolos*”.

16. Código Penal comentado, A. Roma Valdés, dir., Bosch, Barcelona, 2015, p. 760.

No deben considerarse típicos los incumplimientos de la Ley 39/1981, de Banderas, tanto en sus modalidades más graves de desatender las exigencias de que la Bandera Nacional ondee permanentemente en el exterior de los edificios oficiales y de enarbolar el pabellón nacional en los buques mercantes, pesqueros y de recreo, como en las infracciones más leves o incorrecciones protocolarias consistentes en no colocarla en lugar preferente cuando concurre con otras enseñas. Se trata de los supuestos de “*desdoro*” a que se refería la exposición de motivos del proyecto de la Ley 39/1981, es decir aquellas contravenciones que, aunque no constituyan delito, la conculcan igualmente. Como recuerda el penalista LLABRÉS FUSTER, a propósito del auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Bilbao, de 17 de diciembre de 2007: “*no existe en la legislación penal española precepto alguno que contemple como delito la no colocación de la bandera en el Consistorio*”¹⁷. Tampoco resultan típicas ciertas faltas de cortesía como la de no levantarse al paso de la enseña nacional o no escuchar el Himno en silencio y posición de firmes.

Una vez declarada la inconstitucionalidad de los apartados dos y tres del art. 10 de la Ley 39/1981, en el resto de sus artículos no se contempla ninguna infracción penal por el incumplimiento de la Ley. Ello no significa que no sea posible incurrir en un delito de desobediencia si no se atiende un requerimiento judicial formal, expreso y directo, ordenando la colocación de la bandera de España en los términos señalados por la Ley 39/1981. Todas estas contravenciones han dado lugar a numerosos pronunciamientos de la jurisdicción contenciosoadministrativa.

El profesor REBOLLO VARGAS sostiene que “*atendiendo a una interpretación restrictiva del tipo en clave constitucional, es innegable que la bandera y los símbolos del Estado desempeñan una función de representación que les atribuye la Constitución y que se regula en la Ley 39/1981, de 28 de octubre; a la vez, en sentido contrario, cuando esas banderas –con independencia del formato o del tamaño–, no tienen conferido ese carácter de representación institucional, sino que su cometido es puramente ornamental o decorativo, o, cuando son utilizadas en manifestaciones, en suma, cuando no tienen un función oficial, a mi juicio, los ultrajes no integran el tipo del delito previsto en el artículo 543*”¹⁸, criterio que nos parece por completo desenfocado. Todos los emblemas presentan tres aspectos: el significante, el significado y la relación entre ambos, llamada significación. El significante es comúnmente entendido como la forma física del signo, algo que puede ser advertido visualmente. El significado, por contra, es una construcción ideológica, el concepto o referen-

17. LLABRÉS FUSTER, A., en *Comentarios al Código penal*, Gómez Tomillo, dir., Valladolid, 2010, p. 1859.

18. REBOLLO VARGAS, R., “Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV (2014), pp. 122.

te que el significante representa. La relación recíproca entre el significante y el significado, la significación, habrá de ser percibida e interpretada por las personas a quienes va dirigida.

Pues bien, teniendo en cuentas estas nociones semióticas básicas, debiera considerarse una bandera, a los efectos contemplados en el artículo 543 del Código Penal, toda representación que, de acuerdo con el diseño y colores aprobados en la Constitución o en un Estatuto de Autonomía, y con independencia del lugar donde se encuentre u ondee, sin que necesariamente esté enarbolada con ayuda de un asta vertical u otro soporte, sea o no de paño o material textil, pueda ser clara e indubitadamente discernida por cualquier ciudadano como la Bandera de España o como una bandera autonómica oficial. Ocurre lo mismo que hemos dicho al referirnos al Rey: la Bandera de España y las enseñas autonómicas no dejan de proyectar su función evocadora y simbólica por el hecho de encontrarse arriadas, guardadas en una vitrina o depositadas en un cajón.

La catedrática Concepción CARMONA considera del todo injustificada la actual regulación del art. 543: *"tanto desde una perspectiva jurídica como procesal la permanencia a fecha de hoy en el texto punitivo de este tipo de actividades delictivas, por muy desagradables e incívicas que sean en opinión de cierto sector de la población, que puede incluso llegar a ser numéricamente hablando muy representativo, constituye otra reminiscencia más del denominado Derecho Penal Simbólico; o, lo que es lo mismo, de un Derecho Penal, meramente formal, que carece de aplicación práctica alguna"*¹⁹. Por su parte, Francisco MUÑOZ CONDE mantiene que *"el origen espúreo de este precepto y su posible incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión cuestionan gravemente su mantenimiento en el actual Código penal. Por eso se impone una interpretación restrictiva de la expresión 'ofensas o ultrajes' que constituye el núcleo del tipo. Por tal debe entenderse la ofensa grave, el menosprecio, la injuria llevada a cabo por palabras o actos y no simplemente una falta de respeto. Naturalmente, el concepto de 'ultraje a España' varía mucho de una sensibilidad política a otra"*²⁰.

No son los únicos autores en sostener infundada la tipificación de este tipo de conductas, considerándolas ilícitos puramente formales y carentes de peligrosidad social, cuya sanción penal vulneraría los derechos a la libertad de expresión o la libertad ideológica proclamados en el artículo 20 de la Constitución. Ciertamente, el pluralismo político justifica que se puedan exhibir símbolos distintos a los puramente institucionales, sin que ello resulte contra-

19. CARMONA SALGADO, C., "A vueltas con las propuestas despenalizadoras de ciertas conductas contra determinadas instituciones públicas, organismos de la nación, emblemas y símbolos", *Cuadernos de Política Criminal*, 119, (2016), p. 38.

20. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 12ª edic. Tirant lo Blanch, 1999, p. 830.

rio a Derecho. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia 48/2003, de 12 de marzo de 2003, al estimar que en nuestro ordenamiento constitucional “*no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’ (...) esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución*”, pues para ello falta “*el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta*”.

En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite que en nuestro sistema constitucional tienen cabida todas las ideas y todos los proyectos políticos, incluso aquellos que “*ofenden, chocan o inquietan*”. Pueden, desde luego, defenderse postulados contrarios al sistema constitucional, que pretendan su sustitución o abrogación o promuevan fórmulas de organización territorial distintas a las diseñadas por el constituyente, siempre que se manifiesten por los cauces legalmente previstos²¹. Pero una cosa es la interpretación restrictiva del artículo 543 o la posible invocación de las libertades constitucionales mencionadas como posible causa de justificación, completa o incompleta, conforme a los artículos 20.7.^a y 21.1.^a del Código Penal, y otra muy distinta preconizar la absoluta impunidad –siempre y en todo lugar– de las afrentas conscientes y deliberadas a los símbolos nacionales que son, no olvidemos, expresión sublimada de la dignidad y honor patrios y de los valores constitucionales, máxime cuando van anudadas a situaciones de riesgo real de que se puedan producir actuaciones violentas.

V. ALGUNAS RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS ARTÍCULOS 490, 491 Y 543 DEL CÓDIGO PENAL

Sobre la protección jurídico penal de la Corona y los símbolos nacionales han de traerse a colación algunas resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional. Nos vamos a fijar en las más próximas en el tiempo. Todas ellas han tenido cierto impacto mediático y abordan dos cuestiones nucleares: la estructura y alcance de los tipos penales que hemos comentado y su posible conflicto con las libertades constitucionales, en particular con la libertad de expresión.

a) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1284/2005, de 31 de octubre de 2005. Injurias graves al Rey (art. 490.3 CP). Condena.

21. BAUZÁ MARTORELL, F. J., “Constitución, Administración y Símbolos”, *El Cronista del estado social y democrático de derecho*, 48 (2014), pp. 59-60.

Hechos probados: el procesado participó en una rueda de prensa en la que, entre otros extremos, manifestó: *“el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia”*.

Tipo: *“No plantea, pues, cuestión que dichas manifestaciones reúnen los elementos objetivos para considerarlas gravemente injuriosas y proferidas contra SM el Rey con ocasión de encontrarse en el ejercicio de sus funciones. De la lectura del hecho probado se desprende que las frases proferidas contienen expresiones que, por su propio sentido gramatical, son tan claramente ultrajantes e insultantes que el ánimo específico se encuentra ínsito en ellos, poniéndose al descubierto por su simple manifestación. Así las cosas, concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de injurias graves a SM el Rey, previsto y penado en el artículo 490.3 del Código Penal, por lo que procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal” (FJ 4.º)*.

Libertad de expresión: *“El acusado opina que SM el Rey es ‘el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia’ y estas frases, que el propio Tribunal de instancia califica de ofensivas, impropias, injustas y oprobiosas, expresan un evidente menosprecio a S. M. el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más grave en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorios para la honorabilidad, por lo que, en este caso, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas. Tan graves, injustificadas y desproporcionadas frases... en modo alguno están justificadas por el legítimo ejercicio del derecho de libertad de expresión” (FJ 3º)*.

b) Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, núm. 1/2009, de 18 de mayo de 2009. Injurias graves contra la Corona (art. 491.1 CP). Condena.

Hechos probados: *“En ejecución de sus planes, el acusado transportaba a lo largo del recorrido de la manifestación, en un carro de la compra, una maqueta a tamaño casi real de S.M. el Rey, vestido con uniforme militar y en primer tiempo de saludo, oculta en una caja de cartón, y al llegar sobre las 13'50 horas a la Plaza de la Princesa de dicha capital, punto en el que iba a finalizar la manifestación, el acusado abrió con un cutter la referida caja, trasladándola a un lado de la Plaza de la Estrella, donde el segundo de los acusados, ocultando su rostro con un gorro de lana negro y una bufanda redonda oscura prendió fuego a la maqueta con la imagen de SM el Rey ardiendo en la vía pública”*.

Tipo: “Frente a la tesis que mantiene el apelante en su recurso en orden a la falta de tipificación de la conducta es evidente la falta de contenido de tal tesis, ya que la norma explícita por la que es acusado por el Ministerio Fiscal es el artículo 491.1 del Código Penal, en base a considerar injuriosa la actuación de los acusados para uno de los miembros de la Corona que la norma cita. Injurio que viene determinada por el acto en sí, ya que la quema de la figura de S.M. el Rey de España, tiene tal carácter conforme a lo recogido en la STS de 28.11.85, resolución que en caso de incendio llega incluso a considerar la existencia de concurso ideal con el delito propio de incendio. Por ello se considera correcta la calificación legal de la sentencia a quo, debiendo ser confirmada en tal sentido” (FJ 1º).

Libertades públicas: “La actuación de los apelantes en los hechos imputados no puede ampararse en el derecho fundamental a la libertad ideológica ni a la libertad de expresión, ya que el hecho de la quema de la figura a tamaño real del Rey de España no tiene relación con idea política o forma de expresar una controversia de tal carácter. Se trata de una actuación que no guarda relación alguna con el derecho a formar opinión pública, ni con el derecho a expresar la misma, extralimitándose por su parte en las actuaciones legítimas que los derechos que mencionamos contemplan, sin que se advierta en ningún modo ni en momento la necesidad de tal acción, por lo que no se aprecia en la sentencia apelada la vulneración que alude la defensa de los recurrentes” (FJ 2º).

c) Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, núm. rec. 6/2013, de 21 de mayo de 2013. Injurias graves contra la Corona (art. 491.1 CP). Condena.

Hechos probados: “Si bien es cierto que en su literalidad el artículo publicado en el periódico digital por Luis Pablo, hecho este en todo momento reconocido, cuando vierte los calificativos de ‘borrachos, puteros, idiotas, descerebrados, cabrones, ninfómanos, vagos y maleantes’ lo hace literariamente hacia ‘la banda’ de la que D. Juan Carlos es ‘el último representante’, la atenta lectura lleva ineludiblemente a considerar que esa referencia a la banda, esto es, a la dinastía borbónica, es simplemente una forma de estilo o recurso para lo que no es en realidad sino un artículo sobre la persona del actual Rey de España. El texto comienza ‘sí, sí, regio suegro del atlético Urdanga’ y continúa ‘rey sin par que crees provenir... cuando en realidad lo haces de la páfida bocamanga del genocida Franco’, para más adelante llamarle ‘fraticida confeso en tu juventud’, ... lo que como razona el a quo permite concluir que el artículo injurioso lo es no a la estirpe a la que pertenece el actual monarca, sino a este como persona y como quien constituye la más alta Institución del Estado”.

Tipo y Libertades públicas: “En relación a los epítetos antes ya referidos y que el a quo tipificó penalmente a tenor del art. 491.1º del Código Penal la Sala concluye igualmente la existencia de un reproche penal no amparado en aquellos derechos a la libertad de expresión y de ideología que aun básicos en el Estado de Derecho no son ilimitados como expresamente determina la CE en el art. 20.4... En modo alguno la libertad

de expresión comporta un pretendido derecho al insulto ya que la CE no veda el uso de expresiones hirientes o molestas, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias... La anterior doctrina conduce a entender, como con acierto lo hace la sentencia del a quo, que aquellos calificativos, ya literalmente significativamente injuriosos, atacan el honor de D. Juan Carlos y consecuentemente a la Corona por él encarnada al incidir en el núcleo duro de su personalidad, siendo por lo demás innecesario para ejercer la crítica político-histórica con la que se presenta el artículo publicado por el acusado" (FJ 3.º).

d) Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, núm. 12/2018, de 24 de abril de 2018. Injurias a la Corona (art. 490.3). Condena.

Hechos probados: el acusado publicó en la cuenta en abierto de facebook una imagen de Don Juan Carlos acompañada del siguiente texto "*Querido pueblo de borreg@s españoles este corrupto mal parido del cuadro y sus putos descendientes nunca van a pagar a nuestras familias lo ke nos deben. Nunca van a devolver la dignidad asesinada de nuestros muertos. Nunca van a devolver la dignidad esclavizada de nuestros vivos pero ojalá paguen con medicinas y con mucho más, todo el mal que han hecho y continúan haciendo... Llevo días pensándolo y juro por la salud de mi hermano. Sino fuera#marcha_resistencia hace días ke hubiera cortado la cabeza al mal parido de la imagen. Tengo oportunidad y medios... es cuestión de segundos... tic tac plato pum... un gran traidor sin cabeza menos*".

Tipo y Libertades públicas: "*Nos encontramos con un mensaje que es caldo de cultivo de un clima de odio hacia el Monarca, que trata de promover acciones violentas contra él, al presentarlas como aceptables, deseables y sobre todo como posibles. Por ello se estima que los hechos superan la libertad de expresión y la legítima crítica política, y que es procedente la calificación hecha en la resolución recurrida, que los estima constitutivos de un delito de injurias a la corona del art. 490.3 del C.P" (FJ 3º).*

e) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 135/2020, de 7 de mayo de 2020. Injurias al Rey (art. 491 CP). No ha lugar al recurso de casación.

Hechos probados: "*El acusado en la red Twitter mediante el perfil creado y administrado por él ya citado de @ Cachas, publicó durante los años 2.014 a 2016 comentarios denigrantes contra distintas instituciones al tiempo que dedica frases y archivos ensalzando a determinadas personas condenadas por delitos de terrorismo... Entre los citados mensajes, estaban los siguientes: El mafioso del Borbón de fiesta con la monarquía saudí, entre quienes financian el ISIS queda todo... El mafioso del rey dando lecciones desde el palacio millonario a costa de la miseria ajena. Marca España... Si tanta monarquía quiere el pueblo como dicen los tertulianos mercenarios, que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles... Imagínalo borracho diciendo 'que buena mi hija'... Con la pija de su amante recuerda cazas de elefantes mientras aumenta el hambre y no*

hay justicia que lo cace... A la cárcel van los pobres y no la infanta Inocencia, pero medio país le desea la guillotina... A/o sabe ni hablar, 'por qué no te callas'. A mí no me cierra la boca semejante canalla".

Tipo: *"En modo alguno puede admitirse que formar parte de la monarquía suponga una servidumbre de carga que obliga a aceptar la emisión pública de injurias y calumnias vertidas con publicidad con un amplio público que pueda visualizarlas como queda probado en cuanto a la difusión y publicidad que hace el propio recurrente con sus mensajes... No hay crítica o queja a la monarquía o sus miembros, o incluso a su línea de actuación. Hay frases injuriosas y calumniosas que no pueden tener amparo en la opinión personal del que las expone en red social de amplia difusión. Ni aunque considere que otras personas puedan desaprobado conductas de una persona. Pero una cosa es desaprobado actitudes y otra injuriar y calumniar, porque en estas últimas existe el exceso determinante del ilícito penal..." (FJ 3º).*

Libertad de expresión: *"No puede haber libertad de expresión cuando 'se supera la barrera del límite de la mera crítica', y en este caso se supera con creces. Y lo hacemos ponderando las posibilidades que tendría el uso de la libertad de expresión en una sociedad democrática que debe admitir la crítica o los comentarios que molesten o inoportunen, pero no es este el caso. Se trata de claros y graves ataques al honor de la familia real. En cuanto a la calumnia consiste en atribuir un hecho falso constitutivo de delito a otra persona, sea éste perseguible de oficio o a instancia de parte, por lo que la doctrina señala que constituye un tipo agravado de la injuria. Y aquí la doctrina destaca que se requiere un temerario desprecio hacia la verdad, que debe entenderse en el sentido de que se requiere el dolo, es decir, el conocimiento eventual (doloso) de que el hecho de que se imputa es falso. Por consiguiente, 'para estimar que concurre calumnia, a ese conocimiento ha de añadirse el de que la expresión que se profiere es ofensiva, sin que quepa exigir un ulterior animus injuriandi, ni utilizar este elemento como un criterio delimitador entre dos derechos fundamentales (la libertad de expresión y el honor) cuyos respectivos límites han de trazarse objetivamente'. Y es aquí donde claramente se sobrepasa con las expresiones antes citadas claramente referenciales de imputación de delitos que conlleva la comisión de la calumnia. No existe en las expresiones que se citan ninguno de los 'animus' excluyentes de este tipo penal que se citan por la doctrina en casos semejantes..." (FJ 3º).*

No ha faltado alguna resolución, como la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, núm. 14/2018, de 4 de mayo de 2018, en la que la Sala ha estimado que prevalece el derecho fundamental a la libertad de expresión frente al honor, absolviendo al acusado del delito de injurias a la Corona y del delito de ultraje a España por los que fue condenado:

Hechos Probados: *"El acusado en ejecución de un plan preconcebido y planificado por él mismo con el deliberado y firme propósito de ofender y menospreciar al Jefe del Estado español y al himno nacional, por lo que ambos representan como símbolos para los sentimientos colectivos identificados con la nación española, publicó en fecha 28 de mayo*

de 2015, en el perfil de Facebook de la entidad 'Catalunya Acció' que presidía, un manifiesto titulado 'Por la pitada al Himno Español y al Rey Borbón', que recogía entre otros extremos: el próximo 30 de junio (textual), en el transcurso de la final de la Copa entre el FC Barcelona y el Athletic Club de Bilbao en el Nou Camp, se nos vuelve a presentar una ocasión inmejorable para manifestar una vez más que queremos dejar de ser súbditos del reino de España para convertirnos únicamente en ciudadanos de una Cataluña independiente. Este episodio deportivo supondrá que el máximo representante político e institucional de España, el rey Felipe de Borbón, haga su aparición al palco del estadio mientras suenen los acordes de la Marcha Real. Debe ser entonces cuando, proponemos, todos los seguidores catalanes que asistan al partido (y los que no también) deben manifestar sonoramente su desacuerdo, tanto por la presencia del monarca como por el sonido de los acordes del himno español, con una sonora pitada. Al día siguiente, 29 de mayo de 2015, en el estadio de fútbol del Camp Nou, al celebrarse la final de la Copa del Rey entre los equipos de Fútbol Club Barcelona y Athletic Club de Bilbao, al reproducirse el Himno Nacional, ante la presencia del Jefe del Estado D. Felipe VI de Borbón, se produjo una masiva y colectiva pitada que le hizo inaudible, proveniente de parte del público asistente, retransmitida nacional e internacionalmente, dentro de lo que constituía el evento deportivo, consiguiendo así el acusado la materialización del plan ideado".

Tipos y Libertades públicas: "En la ponderación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor, en este caso, de la Institución de la Corona, es doctrina constitucional constante desde la S.T.C. 207/1988 que para decidir cuál prevalece en el caso concreto es determinante comprobar si en la manifestación de la idea su opinión, sea de palabra o por medio de la acción, se han añadido expresiones injuriosas por innecesarias para la expresión pública del pensamiento que se trata de manifestar o expresiones o acciones que son formalmente injuriosas. La respuesta, como se anticipaba, es negativa. No aparece en el texto de los hechos declarados probados de la sentencia impugnada ningún epígrafe ofensivo, injusto u oprobioso que suponga o implique un menosprecio a SM el Rey y a la Institución que encarna en su persona. De lo que se trataba, en definitiva, era de aprovechar un acto deportivo al que acudía el Rey para que de forma incívica, impropia, desafortunada y con manifiesta falta de educación, los organizadores evidenciaran con la pitada su radical desacuerdo ante la imposibilidad de seguir adelante con los planes independentistas... En cuanto al delito de ultraje a España derivado de que la monumental pitada iba dirigida no sólo al Rey sino también al Himno Nacional Español, como símbolo que identifica a España nacional e internacionalmente, figura prevista y penada en el artículo 543 del Código Penal, resulta aplicable aquí lo dicho respecto al delito de injurias al Rey castigado en el artículo 490.3 último inciso del mismo cuerpo legal. La finalidad de los autores de la monumental pitada era la misma que la perseguida por el creador del repetido manifiesto, protagonizando todos ellos actos profundamente reprobables, merecedores de los calificativos más abyectos. Pero carecen de encaje en las previsiones típicas contenidas en nuestro Código Penal".

A la vista de todo lo expuesto, puede decirse que el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional no han dibujado una línea nítida sobre la protección penal a la Corona y a los símbolos políticos nacionales. Sí consideran nuestros jueces y magistrados que las previsiones del Código Penal exigen una ponderación, caso por caso, conflicto a conflicto, a la luz del contexto de los hechos, del principio de proporcionalidad y, particularmente, de la posible colisión de los preceptos incriminatorios referidos con algunos derechos consagrados en nuestra norma suprema, particularmente las libertades ideológica y de expresión, debiendo valorarse de forma razonable si existe una relación adecuada entre el fin que se pretende alcanzar con las informaciones, manifestaciones u opiniones vertidas y el menoscabo del derecho al honor de las personas o instituciones concernidas. El vigor de estas libertades no se ve afectado por el hecho de que el Rey ocupe la máxima magistratura del Estado, obligado por ello a soportar la crítica, aun cuando sea destemplada y pueda molestar, incomodar o disgustar, pues así lo requiere el pluralismo, sin el cual no se concibe una sociedad democrática. Ahora bien, la libertad de expresión cederá ante el derecho al honor cuando se utilicen frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, "*innecesarias*" a este propósito, dado que la Constitución Española no reconoce un pretendido derecho al insulto.

Por lo demás, no son infrecuentes en esta jurisprudencia las citas y remisiones a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para esta máxima autoridad judicial europea, la libertad de expresión es un derecho preferente y no debe limitarse, salvo que impida el ejercicio de los demás derechos o suponga una incitación a la violencia de manera real y efectiva, no meramente hipotética. El tribunal concede un escaso margen a la libertad de expresión en los supuestos de discurso del odio (*hate speech*). Admite, sin embargo, la necesidad de valorar si existe un margen de apreciación nacional. TRONCOSO y SÁNCHEZ DE DIEGO han realizado un detallado análisis de esta doctrina del Tribunal de Estrasburgo, favorecedora, con matices, de las tesis que sostienen que estos delitos deberían suprimirse del Código Penal²².

VI. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA SOBRE ESTA CLASE DE DELITOS

Una parte de la doctrina española que defiende la supresión del delito de ultrajes al Rey y a la Bandera e Himno de España sostiene su dudosa constitu-

22. TRONCOSO REIGADA, A., "La bandera y la capitalidad", *Revista de Derecho Político*, 103 (2018), pp. 48-54; SÁNCHEZ DE DIEGO, M., "Las injurias al Rey a la luz de la Jurisprudencia del TEDH. Sentencia del TEDH. Otegi Mondragón contra España (Requête nº 2034/07), de 15 marzo", *Revista General de Derecho Europeo*, 24 (2011), http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=13&numero=24

cionalidad al tratarse de ilícitos que carecerían de bien jurídico penal ya que para que un bien jurídico sea merecedor de protección es necesario acreditar que nos hallamos ante una realidad socialmente valiosa²³. Curiosamente, la misma inconstitucionalidad referida a los símbolos autonómicos o al delito de injurias a las Cortes o a las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, previsto y penado en el art. 496 del Código Penal, permanece ajena al debate.

REBOLLO VARGAS se pregunta si los sentimientos patrióticos, extensibles a los símbolos que los representan, son merecedores de protección penal o incluso si las conductas o comportamientos que les afecten "*tienen un contenido material de antijuridicidad idóneos como para ser merecedores de una protección penal*" y subraya la vaguedad de un bien jurídico de estas características incompatible con el principio de legalidad²⁴. Otra crítica es la atribución de la titularidad del derecho al honor a una abstracción supraindividual, como son la Corona, España y sus Comunidades Autónomas, pues obligaría a considerar la posible vulneración del derecho al honor de los sujetos individuales que forman parte de las mismas.

Ambas censuras nos parecen endebles. No puede negarse la desafección de una parte significativa de nuestros compatriotas hacia la Monarquía parlamentaria, la idea de España como nación y proyecto compartidos y tampoco que sus símbolos políticos unitarios, —la Bandera y el Himno, sobre todo—, no se encuentran plenamente socializados desde que el *zapaterismo* decidiera romper con el consenso alcanzado sobre estos temas durante la Transición. Pero supeditar la protección de determinados bienes jurídicos a la apreciación, siempre tornadiza, de *la gente*, y a la percepción subjetiva que tiene la sociedad de la criminalidad, entraña notables riesgos. Si fuesen los ciudadanos los que cada

23. Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, M. T., "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)", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 45 (1992), pp. 1127-1138; TÉLLEZ AGUILERA, A., "Los ultrajes a España: visión crítica de un delito", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1719 (1994), pp. 80-98; VÁZQUEZ-POTOMENE, F., "Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código penal)", *Estudios Penales y Criminológicos*, 23 (2001-2002), pp. 216-252; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Ultrajes a España", *Enciclopedia penal básica* (LUZÓN PEÑA, dir.), Granada, 2002; SANTANA VEGA, D. M., "El delito de ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas: ¿protege algún bien jurídico penal?", *Cuadernos de Política Criminal*, 99 (2009), pp. 35-66; CHAPARRO MATAMOROS, P., "El delito de ultrajes. Análisis jurisprudencial de sus elementos", *Ceflegal. Revista práctica de Derecho*, 131 (2011), pp. 155-164; VIVES ANTÓN, T. y otros, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 735.

24. REBOLLO VARGAS, R., "Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España", p. 102.

cierto tiempo eligieran los bienes merecedores de amparo nos llevaríamos, sin duda, más de una sorpresa. La construcción del contenido material de los ilícitos penales debe hacerse de conformidad con la Constitución y los bienes reconocidos en ésta, que es el caso de la Corona (art. 3 y Título II) y de las banderas de España y de las Comunidades Autónomas (art. 4). Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente, desde la sentencia 139/1995, de 26 de septiembre, la titularidad del derecho al honor por parte de las personas jurídicas de Derecho Privado; no vemos por qué no pueda extenderse esta protección a algunas instituciones del Estado, aunque nos enzarcemos en sutiles disquisiciones semánticas de si para éstas *“es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución española como derecho fundamental”*²⁵.

A propósito de los conflictos que pueden suscitarse entre la libertad de expresión y la protección jurídica de los símbolos políticos, el profesor BRAGE señala que tales supuestos

*ponen de relieve la existencia de una tensión entre los símbolos del Estado y los derechos fundamentales de sus ciudadanos, que también han de ser un símbolo básico de un Estado. Esta tensión se resuelve en unos países dando una primacía absoluta o cuasi-absoluta a la libertad, que excluye la sanción penal y haciendo ver que la libertad, que la bandera también simboliza, protege incluso, a quienes la atacan (Estados Unidos, optando así por una solución con primacía del individualismo y el liberalismo); en otros, dando una protección absoluta a los símbolos patrios, y sin apenas prestar atención a la libertad de expresión en juego (en parte, en España, y mucho más agudamente, México: solución con primacía del estatismo); y en otros, en fin, se adoptan soluciones intermedias que permiten la sanción penal en principio, pero exigen una ponderación casuística del “derecho fundamental versus la necesaria protección de los símbolos patrios por lo que representan”, todo ello a la luz de la proporcionalidad (Alemania) y distinguiendo según que la expresión de que se trate se dirija o no contra el símbolo patrio en sí*²⁶.

Enrique BELDA, consejero consultivo de Castilla-La Mancha, puntualiza: *“el camino de la protección efectiva de los símbolos del Estado debe mantener un recuerdo permanente a su naturaleza «disponible» para las personas, es decir, a su carácter instrumental para el mejor ejercicio de las libertades de expresión, pensamiento y las políti-*

25. STC 107/1988, de 8 de junio, y luego STC 51/1989, de 22 de febrero, y STC 121/1989, de 3 de julio.

26. BRAGE CAMAZANO, J., “El Himno como símbolo del Estado: dimensión jurídico-política”, *El himno como símbolo político*, coord. por ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., 2008, p. 43.

cas"²⁷. Se trata de un tema que genera controversia en la ciudadanía y algunos litigios ante los tribunales de diferentes países. Según Anne-Marie THIESSE

*himnos y banderas participan también de la gran transferencia que tiene lugar en las sociedades secularizadas, de la sacralidad religiosa a la sacralidad nacional. Sacralidad que plantea la cuestión del posible sacrilegio. La tolerancia hacia los usos fantasiosos, comerciales o provocadores del himno nacional o de la bandera suelen ser indicadores fehacientes de la libertad de expresión de las sociedades modernas. Sancionados por los regímenes autoritarios, esos usos son admitidos por las democracias, con límites más o menos estrictos*²⁸.

La protección penal que ofrecen los artículos 490, 491 y 543 del Código Penal no implica que el Rey, como Jefe del Estado, España, "*patria común e indivisible de todos los españoles*", y sus símbolos queden excluidos de la crítica, especialmente, por parte de aquéllos que rechazan el armazón constitucional vigente, incluida la Monarquía parlamentaria. Dicho esto, resulta obvio que para manifestar, en un régimen de libertades como el que vivimos, el rechazo a España y a la Corona no es necesario insultar y menospreciar al Rey, símbolo de la España constitucional, y procurar su humillación pública, quemar, escupir, orinar o defecar en la bandera de España o hacer mofa del Himno Nacional. Totalmente de acuerdo en que no puede imponerse de modo coactivo la adhesión a valores ideológicos constitucionalizados y, por supuesto, con la defensa de la libertad de expresión como contrapunto a las exorbitantes competencias que los poderes públicos puedan arrogarse en estas cuestiones, así como con la vigencia del principio de intervención mínima del Derecho Penal sobre todas ellas. Pero ocurre que la dogmática atribución de un derecho a la libertad de expresión a quienes deciden escarnecer los símbolos patrios con programada rutina no tiene en cuenta que dicho comportamiento resulta coercitivo para quienes deben asistir impasibles a su menoscabo y desconsideración y una agresión a los sentimientos de muchísimos de españoles. Sobre este particular, el maestro Manuel JIMÉNEZ DE PARGA dejó escrito:

El artículo 56.3 de nuestra Constitución proclama: "La persona del Rey es inviolable". Bastaría este precepto para reconsiderar la resolución de un juez de la Audiencia Nacional que acaba de establecer que el Rey puede ser objeto de una sonora pitada en un acto público, sin que los autores de tales hechos deban ser condenados. Pero en la Constitución se dice algo más. El citado artículo 56

27. BELDA, E., "Elementos simbólicos de la Constitución española. La protección del uso de los símbolos por las personas y las instituciones", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 117 (2019), pp. 65-66.

28. THIESSE, A-M., "Himnos y banderas nacionales: una historia global", *Los colores de la Patria*, MORENO LUZÓN, J. y M. NÚÑEZ SEIXAS, Xosé, Tecnos, Madrid, 2017, p. 12.

comienza con estas palabras: “El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia”. Por tanto cualquier menosprecio del símbolo redundaría en un ataque al mismo Estado que él representa. O sea, que la impunidad de quienes ofenden al Rey no tiene cabida en nuestra Constitución. Los caminos para llegar a esta conclusión son varios, pero confluyentes en la misma tesis. Al conocer la reciente decisión de un juez mi conciencia no me permite permanecer callado. Si se admiten estas desviaciones el fin del recorrido es fácilmente previsible. Luego vendrán los lamentos. Los adversarios pueden ganarnos, pero no hemos de contemplar impasibles la carrera como hacen los tibios²⁹.

Examinando detenidamente los términos del debate parlamentario que originó la Proposición de Ley defendida por Grupo Parlamentario Republicano y, sobre todo, las posiciones que sobre este tipo de asuntos mantienen determinados partidos políticos, sectores sociales y medios de comunicación nos asalta muchas veces la sensación de que la libertad demandada lo es siempre en la misma dirección. Así hemos llegado a la hiriente asimetría consistente en reclamar la libertad de expresión cuando se injuria y calumnia a la Corona, se quema la Bandera española o se hacen befas del Himno nacional y, en cambio, exigir que caiga todo el peso de la ley sobre quienes enarbolan enseñas franquistas, fletan autobuses para protestar contra la ideología de género como nuevo credo oficial del Estado, difunden determinados mensajes y publicaciones opuestos a la llamada memoria histórica o se oponen al fanatismo *woke*, como los negacionistas climáticos y covidianos.

29. JIMÉNEZ DE PARGA, M., “Carta al director”, *ABC*, 24 de julio de 2009.