



Roj: **STS 1175/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1175**

Id Cendoj: **28079120012022100290**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2022**

Nº de Recurso: **5935/2020**

Nº de Resolución: **311/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 311/2022

Fecha de sentencia: 29/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5935/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 7ª A.P. Barcelona

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5935/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 311/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 29 de marzo de 2022.



Esta sala ha visto ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL, al que se adhiere la acusación particular SOCIEDAD CIVIL CATALANA, ASOCIACIÓN CÍVICA Y CULTURAL**, contra la Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 30 de octubre de 2020 resolutoria del recurso de apelación formulado frente a la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sabadell núm. 219/19 de fecha 14 de noviembre de 2019, dictada en el PA núm. 292/2017 seguido por delito de coacciones para impedir el ejercicio de derechos fundamentales y delito contra la Constitución en su modalidad de ultraje a la **bandera** nacional, seguido contra DON Silvio , DON Tomás y DON Valentín . Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal como recurrente, recurso al que se adhiere la acusación particular SOCIEDAD CIVIL CATALANA, ASOCIACIÓN CÍVICA Y CULTURAL representada por el Procurador Don Luis Delgado de Tena y defendida por el Letrado Don Manuel Miró Echevame, y como recurridos los acusados representados por el Procurador de los Tribunales Don Albert Rambla Fábregas y defendidos por el Letrado Don Adria Roger Gonce.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sabadell en el PA núm. 292/2017 seguido por delito de coacciones para impedir el ejercicio de derechos fundamentales y delito contra la Constitución en su modalidad de ultraje a la **bandera** nacional, seguido contra **DON Silvio , DON Tomás y DON Valentín** , dictó Sentencia 219/19, de 14 de noviembre de 2019, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Se declara probado que no ha quedado acreditado que Silvio , Tomás Y Valentín el 19 de abril de 2016 en la plaza Cívica de la Universitat Autònoma de Barcelona realizaran acto coactivo alguno contra los cuatro miembros de "Societat Civil Catalana de la Universitat Autònoma de Barcelona (SCC-UAB)" allí presentes ni impidieran el legítimo ejercicio de ninguna libertad de éstos ni perturbaran gravemente el desarrollo de una reunión (de éstos).

Se declara probado que Silvio , Tomás Y Valentín el 19 abril de 2016 en la plaza Cívica de la Universitat Autònoma de Barcelona, en presencia de numerosas personas, cogieron una **bandera** de España de la carpa de "Societat Civil Catalana de la Universitat Autònoma de Barcelona (SCC-UAB)" y la rajaron en dos trozos, dejándolos en el suelo".

El **Fallo** de mencionada resolución es el siguiente:

"QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a Silvio , Tomás Y Valentín del delito de coacciones por el que fueron enjuiciados, declarándose de oficio tres sextos de las costas procesales.

QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO a Silvio , Tomás Y Valentín como autores criminalmente responsables de un delito de ultrajes a la **bandera** nacional, imponiéndoseles las siguientes penas:

- En el caso de Silvio procede la condena a una pena de multa de 9 meses, con una cuota diaria de 8 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago, y al pago de un sexto de las costas procesales.

- En el caso de Tomás procede la condena a una pena de multa de 8 meses, con una cuota diaria de 8 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago, y al pago de un sexto de las costas procesales.

- En el caso de Valentín procede la condena a una pena de multa de 8 meses, con una cuota diaria de 8 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago, y al pago de un sexto de las costas procesales.

Esta sentencia no es firme y contra la misma se podrá interponer ante este mismo Juzgado, para su sustanciación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, recurso de apelación en el plazo de los diez días contados desde el siguiente a su notificación.

Notifíquese a las partes.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, incorporándose el original en el correspondiente Libro de Sentencias, para su constancia y cumplimiento, lo pronuncio, mando y firmo".

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución se formuló frente a la misma **recurso de apelación** ante la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, Rollo de apelación 163/2020 -Z, que fue resuelto



por Sentencia de 30 de octubre de 2020, que respecto a los **HECHOS PROBADOS** acepta los del Juzgado de lo Penal.

El **Fallo** de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, fue el siguiente:

"ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Silvio , Tomás y Valentín , contra la sentencia dictada el día 14 de noviembre del año 2019 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Sabadell, en el Procedimiento Abreviado nº 292/2017, seguido por un delito de ultrajes a la **bandera**, REVOCAMOS dicha resolución y absolvemos a Silvio , Tomás y Valentín del delito de ultrajes a la **bandera** por el que fueron condenados en la instancia. Declaramos de oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse en la instancia y en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes personadas y, en su caso, también a los ofendidos y perjudicados que no hubieren comparecido, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el plazo de cinco días.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Penal nº 2 de Sabadell del que proceden, con certificación de esta sentencia para su cumplimiento y demás efectos legales.

La presente sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, la pronunciamos y firmamos".

Esta resolución lleva un Voto particular que formulan los Magistrados Doña Ana Rodríguez Santamaría y Don Enrique Rovira del Canto.

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley por el **MINISTERIO FISCAL**, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por el **MINISTERIO FISCAL** se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN**:

Motivo único.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de Ley por aplicación implícita e indebida del artículo 20.7º CP e indebida inaplicación del artículo 543 CP.

QUINTO.- El Procurador D. Luis Delgado de Tena, en nombre y representación de la **SOCIEDAD CIVIL CATALANA, ASOCIACION CIVICA Y CULTURAL**, presenta escrito de fecha 28 de abril de 2021 adhiriéndose al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

SEXTO.- Son **recurridos** en la presente causa los acusados **D. Tomás , D. Silvio y D. Valentín** , que por escrito de fecha 27 de abril de 2021 impugnan el recurso del Ministerio Fiscal.

SÉPTIMO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** presenta informe de fecha 17 de mayo de 2021 ratificándose en el escrito de su recurso, interesando la admisión y estimación del recurso planteado; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 7 de febrero de 2022 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 8 de marzo de 2022; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Penal nº 2 de los de Sabadell, condenó por delito de ultrajes a la **bandera** nacional a Silvio , Tomás y Valentín , a las siguientes penas: En el caso de Silvio a la pena de multa de 9 meses, con una cuota diaria de 8 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago, y al pago de un sexto de las costas procesales. Y en los casos de Tomás y Valentín , una pena de multa de 8 meses, con una cuota diaria de 8 euros, en los mismos términos que al Sr. Silvio .

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, absolvió a tales acusados, merced al recurso de apelación interpuesto frente a la anterior decisión judicial. Ha interpuesto este recurso de casación el Ministerio Fiscal, al que se adhiere **SOCIEDAD CIVIL CATALANA, ASOCIACION CIVICA Y CULTURAL** conforme analizaremos seguidamente.

SEGUNDO .- Los hechos probados narran que el día 19 de abril de 2016, en la plaza Cívica de la Universidad Autónoma de Barcelona, los tres acusados, en presencia de numerosas personas, arrebataron una **bandera** de España de la carpa de "Societat Civil Catalana" y la rajaron en dos trozos, dejándolos en el suelo.



El art. 543, incluido en el Capítulo VI, denominado de los ultrajes a España, dentro del Título XXI (Delitos contra la Constitución), es del siguiente tenor literal:

"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 acción típica consiste en "ofender o ultrajar", lo que significa tanto como injuriar o despreciar, ya sea mediante la palabra, por escrito, o mediante hechos, siendo indispensable que se ejecuten con publicidad, toda vez en caso contrario, es decir, la ofensa o ultraje cometida sin publicidad, no tiene reproche penal alguno.

El objeto de tales ofensas deberá ser tanto España, como sus comunidades autónomas, o los símbolos o emblemas de una u otras, tales como **banderas**, escudos, himnos nacionales entre otros.

Como elemento subjetivo, se requiere actuar con ánimo de injuriar, de ofender, de ultrajar, de modo que, como bien razona el Juzgado de lo Penal, la conducta no será punible si se enmarca en una crítica; ahora bien, determinados actos son de tal modo insultantes o agraviantes que el ánimo de injuriar se encuentra implícito en ellas.

TERCERO .- El Ministerio Fiscal recurre con un único motivo de contenido casacional, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del art. 543 del Código Penal.

El Fiscal entiende que el acto de **rasgar** en dos trozos una **bandera** de España y dejarla en el suelo, excede de la crítica política y se adentra en la ofensa a tal símbolo, incluso en la imposición violenta a otros de opiniones distintas a las que sostienen en pro de la libertad de expresión. Desde este punto de vista, no solamente se compromete violentamente el valor de libertad (delito de coacciones), sino también se ofende a los símbolos de España, uno de los cuales es la **bandera** nacional (art. 4º de nuestra Carta Magna).

Desde la literalidad de los hechos probados, es incuestionable, alega el Fiscal, que los acusados se apropiaron para rasgarla y trocearla en dos, de una **bandera**, que correspondía a otro de los que acudían al encuentro, como era Sociedad Civil Catalana, Asociación Cívica y Cultural, que se ha adherido a las pretensiones revocatorias del Ministerio Fiscal.

CUARTO .- La Audiencia, interpretando el art. 543 del Código Penal, considera que el acto de **rasgar** una **bandera**, por sí solo, ni incita a la violencia, ni constituye un discurso de odio.

Y aplicando la doctrina resultante del TEDH, en su Sentencia de 13 de marzo de 2018, razona que si quemar una imagen del Rey es un acto amparado por la libertad de expresión, lo propio debe predicarse de **rasgar** una **bandera** española, que por sí sola, no debe incardinarse en el "discurso del odio".

También consideró, al hilo de tal decisión, que si bien en el caso de la quema de retrato del Rey, se impuso una pena privativa de libertad, en éste, aunque sea una multa, viene a ser lo mismo, puesto que puede ser traducida en una pena privativa de libertad por su impago.

Sin embargo, en el Voto Particular a la Sentencia de la Audiencia, que es la aquí recurrida, se puede leer:

"En este caso la acción de los acusados no se enmarca en una manifestación pública o política de ideas independentistas y a favor de la independencia de Cataluña. Tiene lugar dentro de la Universidad, lugar que debe de ser paradigmático en el respeto a las ideas del otro y en la defensa, enseñanza y propagación de los valores de la tolerancia y el civismo. Además en el marco de una feria de entidades cívicas cada una de las cuales tiene derecho a defender sus ideas y opiniones en una marco de respeto y de tolerancia hacia el otro, hacia el diferente".

Se hacía eco tal Voto, de lo resuelto por el Juzgado de lo Penal, en tanto entendió que los hechos de Girona, en donde se quemaron fotos del Rey, formaban parte de la crítica política, anulándose el fallo judicial español exclusivamente como consecuencia del contexto independentista y antimonárquico, mientras que aquí, el rasgado en dos de la **bandera** española se produjo en un marco distinto, pluralista, universitario, en el que concurrían distintas ideologías en la plaza Cívica de la Universitat Autònoma de Barcelona.

QUINTO .- No es mucha la jurisprudencia de esta Sala Casacional sobre el delito sometido a nuestra consideración casacional.

Un precedente lejano de una conducta de ofensa a la **bandera** española, lo constituye la STS de 15 de marzo de 1989, en donde se prende y ondea en llamas una **bandera** española (hechos ocurridos en Santiago de Compostela), pisoteándola después. Se desestima el recurso de casación frente a la condena de instancia.

Otro más cercano, es el denominado caso "Blanquerna" (STS 983/2016, de 11 de enero de 2017) pero en este no se condenó por tal delito, sino por desórdenes públicos y daños, junto a delitos de lesiones y maltratos de obra, de manera que este Tribunal no pudo llevar a cabo una completa doctrina legal al respecto, si bien



consideró concurría también un delito de impedir el derecho de reunión, en concurso ideal con los aludidos desórdenes públicos.

Con todo, se expresaba en dicha resolución judicial:

"... Ciertamente que existen actos inequívocos a efectos de revelar un propósito, pero el delito con características similares a los de la injuria exige un dolo característico, consistente en un propósito de menospreciar y ultrajar la **bandera**. Existen actos como pisotearla, escupirla, quemarla, *rasgarla*, romper el mástil, etc., que por sí mismos pueden evidenciar ese dolo del sujeto activo".

La Sentencia dictada en tal asunto, fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, que dictó la STC 1/2020, de 14 de enero, que desestimó los reproches de los condenados en punto a su derecho a la libertad de expresión y libertad ideológica, y solamente entra en la condena dictada por el Tribunal Supremo con la agravante de discriminación ideológica y en la aplicación del subtipo agravado de daños en bienes de uso público. No se hacen consideraciones relativas al delito de ultraje a la **bandera**, como símbolo español.

Con todo, nuestra STS 386/2020, de 9 de julio, insiste en la misma idea, considerando que actos como pisotear, **rasgar** o quemar la **bandera** son actos de donde puede deducirse el dolo de ofender a la enseña española, o a la de cualquiera de sus comunidades.

Es por eso que la Sentencia del Tribunal Constitucional que directamente está relacionada con esta casación, es la dictada por su Pleno, la número 190/2020, de 15 de diciembre, en un caso en el que, con motivo de unas reivindicaciones salariales en Galicia, en el interior de un recinto militar, se proferieron expresiones en gallego que traducidas fueron: "aquí tenéis el silencio de la puta **bandera**" y "hay que prenderle fuego a la puta **bandera**", sin llegar a hacerlo, siendo condenados primero por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ferrol, y después, confirmada la Sentencia por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña (de 8 de febrero de 2018).

El Tribunal Constitucional razona en tal resolución judicial que la especial trascendencia constitucional de este asunto radica en que, hasta ahora, el TC no había tenido oportunidad de pronunciarse sobre el eventual conflicto que puede surgir entre la aplicación del delito de ultrajes a España (art. 543 CP) y el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE), en conexión con el derecho a la libertad ideológica (art. 16-1 CE).

En definitiva, "el presente asunto permite examinar la legitimidad de la condena penal impuesta por proferir unas expresiones ofensivas dirigidas a uno de los símbolos políticos de España, como es la **bandera** (art. 4.1 CE)".

SEXTO .- Razona la citada STC 190/2020, de 15 de diciembre, que el problema constitucional planteado se encuentra relacionado con la previsión legal abstracta de protección que establece nuestro ordenamiento jurídico, de una parte, en el art. 10.1 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, que castiga, conforme a lo dispuesto en las leyes, "los ultrajes y ofensas a la **bandera** de España y a las contempladas en el artículo 4", al que se refirió la STC 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 2, que declaró conforme a la Constitución, en lo sustancial, un precepto equivalente al vigente art. 543 CP. Y, de otro lado, en el propio art. 543 CP, como delito de "ultrajes a España".

Además, esta figura penal aparece tipificada, también, en códigos penales de otros Estados miembros de la Unión Europea, con semejantes o incluso con penas más agravadas que la prevista en el precepto español [Código penal alemán, arts. 90 a) y 104; Código penal francés (art. 433.5.1), o Código penal italiano (arts. 291 y 292)], por la relevancia del bien jurídico protegido.

En efecto, la norma penal de referencia persigue un fin legítimo, no es indeterminada y está prevista en la ley de forma accesible y previsible. Ninguna duda razonada cabe sobre la relevancia y legitimidad de la finalidad del tipo penal, pues se dirige a proteger los símbolos y emblemas del Estado constitucional, entre los que se encuentran las **banderas**, únicos símbolos expresamente constitucionalizados (art. 4 CE). Así lo corrobora el hecho de que el delito de ultrajes a España (art. 543 CP) figure dentro del título XXI del Código penal, dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución.

Por consiguiente, en lo que ahora es de interés, el art. 543 CP tipifica un delito de naturaleza pública y perseguible de oficio, que protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a la función de representación que los símbolos y emblemas identificadores de España y sus comunidades autónomas desempeñan.

Cabe recordar en este sentido que, en la STC 94/1985, de 29 de julio, FJ 7, se declaró que "[n]o puede desconocerse que la materia sensible del símbolo político [...] trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo político acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia



comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos jurídicos. Al símbolo político corresponde, pues, al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles".

Dicho de otro modo, el análisis que este tribunal ha de realizar en un recurso de amparo contra una sentencia penal condenatoria se dirigirá entonces a determinar si la conducta del demandante se sitúa inequívocamente en el ámbito del contenido del derecho fundamental invocado y si, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio (por todas, SSTC 111/1993, FFJJ 5 y 6; 137/1997, FJ 2; 110/2000, FJ 4; 88/2003, FJ 8; 104/2011, FJ 6, y 177/2015, FJ 2). En tal caso, la conducta enjuiciada no podría sufrir reproche penal alguno, lo que conduciría a estimar el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia condenatoria.

En suma, el control de constitucionalidad que a dicho Tribunal corresponde en este tipo de supuestos debe quedar limitado, antes de entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal -que, en su caso, podrían ser objeto de control bajo la invocación del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE)-, a verificar si las sentencias impugnadas, al imponer la condena penal, han valorado como cuestión previa si la conducta enjuiciada constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y si, en ese marco de valoración, han ponderado las diversas circunstancias concurrentes en el caso, pues así lo impone el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales, como hemos tenido ocasión de recordar recientemente en la STC 35/2020, de 25 de febrero, FJ 4.

Se configura, pues, como un delito doloso castigado con una pena menos grave [art. 33.3 i) CP], concretamente la de multa con el ámbito temporal antedicho de entre siete y doce meses. Adopta, pues, el Código penal para este precepto la previsión del sistema escandinavo de días-multa, que se abona mediante cuotas diarias cuyo importe han de fijar los jueces y tribunales en la sentencia, teniendo en cuenta "para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo".

Es decir, la previsión legislativa establece que las conductas de ultrajes sean configuradas como tipos penales menos graves, sancionados únicamente con pena de multa, que no conllevan otro tipo de pena principal o accesoria. La duración de la pena aplicable lo será mediante una labor judicial de individualización, conforme a las reglas generales previstas en el Código penal; y, en lo que respecta a la determinación de su importe, este vendrá computado conforme al sistema de días- multa, teniendo en cuenta exclusivamente la capacidad económica del condenado. Cierto es que el impago de la multa acarrea una responsabilidad personal subsidiaria, prevista en el art. 53.1 CP, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas, como también, de modo alternativo, que dicho precepto prevé que aquella responsabilidad subsidiaria se ejecute mediante trabajos en beneficio de la comunidad, a razón de un día de trabajo por cada día de privación de libertad, pero se trata de una responsabilidad subsidiaria que no tiene por qué ser finalmente aplicada si se abona la multa.

El Tribunal Constitucional llega en dicha Sentencia a la conclusión de que la respuesta punitiva aplicada al recurrente resultó proporcionada a la entidad de la conducta delictiva apreciada. La pena de multa prevista en el art. 543 CP fue aplicada en su grado mínimo; la cuota diaria asignada, de seis euros (1260 € en total), era adecuada a su capacidad económica, como lo ha acreditado que el recurrente la abonara de una vez y en su integridad; y, finalmente, la responsabilidad personal subsidiaria no ha llegado a tener efecto.

En conclusión, finaliza el TC, por las razones expuestas, la conducta que determinó la condena del demandante no está amparada constitucionalmente por los derechos invocados en la demanda a las libertades de expresión e ideológica y, siendo la sanción penal proporcionada, procede la desestimación de la demanda.

SÉPTIMO .- Desde nuestro punto de vista, como Tribunal casacional, entendemos que, en este caso, concurren además unas consideraciones que lo alejan de otros supuestos, que pudieran parecer similares.

Nos parece, primeramente, que el hecho de **rasgar** en dos la **bandera** de España, o otros términos, rajar la **bandera**, dejándola tirada en el suelo, a la vista de una muchedumbre, en una fiesta cívica, encierra el elemento normativo que exige el art. 543 del Código Penal, esto es, es una clara ofensa a la enseña nacional, que es el símbolo de nuestra unidad política y de nuestra esencia como Nación. Por tanto, si la **bandera** nos representa a todos, la ofensa a la **bandera** es igualmente a todos. Partiendo de ello, la singularidad de este caso reside en el lugar donde se producen los hechos, y en el contexto en donde se enmarca, como acto público, precisamente alejado de cualquier signo de intolerancia, sino precisamente en un escenario de concordia entre las diversas ideologías que allí confluían, y así lo expone, con todo acierto, el Juzgado de lo Penal en la explicación de su condena; en suma, nos encontramos en el marco de la celebración de la democracia, en donde concurren



distintas asociaciones cívicas y partidos políticos, en un ambiente festivo que no puede tildarse sino de un acto claramente pluralista y, además, pacífico. En dicho contexto es donde los acusados, mediante un patente acto coactivo, arrebatan la **bandera** española que se encontraba en una asociación cívica, para, de forma pública, ante la concurrencia de numerosas personas (hechos probados), se hacen con tal emblema y la rajan en dos, dejándola tirada en el suelo.

Esa acción de **rasgar** la **bandera** española lo consideramos como una ofensa, pues trocear la enseña nacional nos parece un acto de clara ofensa y repulsa, de ultraje, ante lo que representa tal símbolo de España, dejándolo, en condiciones de ser pisoteado, al hallarse en el suelo.

Dicho con otras palabras, esa acción violenta, lejos de significar una manifestación que fluye del derecho a la libertad de expresión (derecho a la crítica), atenta, por el contrario, frontalmente contra el símbolo que enarbola una asociación que concurre pacíficamente a tal encuentro cívico, en una plaza universitaria, donde los valores democráticos tienen, como símbolo de convivencia, el valor añadido que le proporciona tal institución.

Así nos lo dice igualmente nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia citada, que, aunque dictada por la mayoría, no deja de ser la doctrina de nuestro más alto intérprete en materia de garantías constitucionales y derechos fundamentales, y a cuya interpretación debemos atenernos, por la vinculación que resulta del art. 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Es, por otro lado, una Sentencia que resuelve el recurso de amparo en un caso en donde se ha aplicado el precepto que hoy se encuentra cuestionado, el art. 543 del Código Penal. Es una Sentencia que no puede ser más reciente (de fecha 15 de diciembre de 2020). Y es, finalmente, una Sentencia que se basa en un precedente sobre la constitucionalidad de un precepto similar al ahora aplicado, como lo fue la STC 119/1992, de 18 de septiembre.

Frente a ello, tomar por referente aplicativo la Sentencia del TEDH de 13 de marzo de 2018, no nos parece procedente, en tanto que los hechos que conforman el caso que analiza son distintos, el delito aplicado, también, y el contexto en donde se producen aquellos, no guardan ninguna analogía con lo ahora decidido.

En suma, ni puede considerarse idéntico, ni aplicó el mismo precepto (recuérdese que se trataba de un delito de ofensas e injurias al Rey, no ultrajes a los símbolos nacionales, como la **bandera** española, o la de cada una de las comunidades autónomas), ni el contexto independentista, incluso antimonárquico, guarda semejanza alguna con nuestro caso.

Aquí estamos en presencia de una ofensa a un símbolo nacional, como es la **bandera** de España, y lo propio si llevara a cabo idéntica acción con cualquiera de las **banderas** de las comunidades autónomas. El Código Penal no distingue ni en la descripción típica, ni en la asignación del reproche penal, por lo que es tan punible una acción como la otra.

Sin embargo, lo que hacen los acusados, es cometer un acto contra la libertad de expresión, contra la libertad ideológica, y quien así se conduce no puede alegar lo que está negando, precisamente la libertad de los demás para ondear la **bandera** que es símbolo de España, y, en consecuencia, signo representativo de todos los españoles.

Los acusados atentan contra símbolos que ostentan quienes pacíficamente concurren a la fiesta cívica representativa de la democracia, arrebatándoles el emblema, para, a continuación, delante de una muchedumbre, romperlo y tirarlo al suelo.

Es, pues, un gesto violento, coactivo, de imposición, representativo de un talante que no puede considerarse amparado por la libertad de expresión, porque lo que expresa es la intolerancia, de manera que intolerancia violenta y derecho a la crítica no pueden ser la misma cosa.

Por eso efectivamente creemos que la acción que llevan a cabo los acusados no está amparada por la libertad de expresión, que tiene un límite expreso en el respeto a la libertad de expresión del contrario y teniendo en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos niega ese amparo a los que entienden como discurso el odio, término que abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia.

Por las razones expuestas, el motivo tiene que ser estimado, debiendo imponerse a los acusados la misma pena que ya individualizó el Juzgado de lo Penal, con idéntica multa, que como en el caso del Tribunal Constitucional, ya se razona que se trata de una sanción económica moderada. Todo ello declarando de oficio las costas procesales de esta instancia casacional.

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL, al que se adhiere la acusación particular SOCIEDAD CIVIL CATALANA, ASOCIACIÓN CÍVICA Y CULTURAL**, contra la Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 30 de octubre de 2020 resolutoria del recurso de apelación formulado frente a la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sabadell, la Sentencia núm. 219/19 de fecha 14 de noviembre de 2019.

2º.- CASAR y ANULAR la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

3º.- DECLARAR de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia casacional.

4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 5935/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 29 de marzo de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL, al que se adhiere la acusación particular SOCIEDAD CIVIL CATALANA, ASOCIACIÓN CÍVICA Y CULTURAL**, contra la Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 30 de octubre de 2020 resolutoria del recurso de apelación formulado frente a la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sabadell núm. 219/19 de fecha 14 de noviembre de 2019. Sentencia que fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal (recurso al que se adhirió la acusación particular) y que ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, al estimarse el recurso formulado. Por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica presidencia y ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, debemos condenar a Silvio, Tomás y Valentín, como autores criminalmente responsables de un delito de ultrajes a la **bandera** de España, en los propios términos dispuestos en la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Sabadell.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Debemos **condenar y condenamos a Silvio, Tomás y Valentín**, como autores criminalmente responsables de un delito de ultrajes a la **bandera** de España, en los propios términos dispuestos en la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Sabadell.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA A LA SENTENCIA NUM. 311/2022, DE 29 DE MARZO, EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 5935/2020.

Lamento sinceramente no poder suscribir la sentencia que en este caso se ha dictado. Desde mi mayor consideración y respeto a la opinión mayoritaria considero que el motivo por infracción de ley formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial que absolvió a los acusados del delito de ultraje a la **bandera** del artículo 543 CP debería haber sido desestimado. A mi parecer, los hechos que se declaran probados no identifican los elementos de tipicidad del delito por el que los acusados fueron condenados en la primera instancia.

Pretendo, a continuación, y de manera breve, ofrecer los argumentos sobre los que baso mi anterior conclusión.

1. En primer lugar, y a modo de argumento previo, debo precisar que, pese al sentido de mi discrepancia, no comparto el fundamento absolutorio de la sentencia recurrida.

La Audiencia Provincial, de manera explícita y, a mi parecer, del todo acertada, contextualiza los hechos declarados probados en la sentencia del Juzgado de lo Penal, precisando que de los mismos parecen desprenderse otros ilícitos penales, como el apoderamiento inconstituido de objetos propiedad de terceras personas, la causación de desperfectos o el hecho de impedir que otros puedan ejercer libremente su derecho a la libertad de expresión.

También con acierto se precisa que el objeto del recurso devolutivo impedía, por elementales razones derivadas de los principios acusatorio y de prohibición de la *reformatio in peius*, cualquier tipo de pronunciamiento apelativo sobre la eventual comisión de dichos delitos. Concluyendo, en consecuencia, que solo cabía analizar, en los términos pretendidos por los recurrentes, si la conducta, tal como había quedado plasmada en los hechos declarados probados, debía ser castigada como un delito de ultraje del artículo 543 CP.

2. A partir de aquí, sin embargo, y como adelantaba, no comparto la *hoja de ruta* que utiliza la Audiencia Provincial para llegar a la absolución. En el caso, considero que los recurrentes no cometieron delito de ultraje a la **bandera** por falta de elementos objetivos del tipo -cuestión esta a la que me referiré con posterioridad-. No porque su conducta estuviera justificada por un derecho a expresarse libremente, como concluye la Audiencia Provincial.

3. El contexto de producción si bien, en efecto, no permitía reconsiderar la valoración jurídico-penal de la conducta desarrollada por los recurrentes, sí resultaba decisivo para valorar si estos podían contar, frente a injerencias del Estado, con la privilegiada protección que brindan los artículos 20 CE y 10 CEDH.

En mi opinión, resultaba imprescindible valorar si, en el caso, podía darse un efecto oclusivo entre el derecho a expresarse de los acusados y el derecho a expresarse de aquellos que exhibían la **bandera** que los primeros arrebataron de manera arbitraria e injustificada.

4. No cabe duda, como ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el artículo 10 del Convenio protege no solo el fondo de las ideas e informaciones expresadas, sino también la forma en que se transmiten. La jurisprudencia del Tribunal muestra cómo el artículo 10 del Convenio es aplicable no solo a los modos de expresión más comunes, como los discursos y los textos escritos, sino también a otras formas comunicativas



más simbólicas, a través de las cuales las personas deciden también transmitir sus opiniones, mensajes, ideas y críticas.

La protección de las conductas expresivas, como manifestaciones del derecho a la libertad de expresión, puede introducir un añadido factor de complejidad a la hora de identificar el espacio de preferencia o de restricción constitucional y convencionalmente compatible con el rol prominente que ocupa tal derecho en nuestro sistema político y de convivencia. Y ello por una razón esencial: la mayor tasa de conflictualidad, de colisión, que, en comparación con la simple expresión, las conductas incorporan frente a otros derechos fundamentales o intereses legítimos de terceros.

En no pocas ocasiones, la finalidad de la propia conducta expresiva, lo que le presta su propia funcionalidad como medio de transmisión de ideas, pensamientos y creencias, solo se obtiene si interfiere en el espacio público con o contra, precisamente, los intereses y derechos que se pretenden cuestionar.

5. Sobre esta delicada cuestión de la protección de las conductas expresivas, el TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre diferentes contextos y situaciones.

Entre otros, la exhibición y llevanza de símbolos y vestimentas simbólicas -SSTEDH, caso Tatár y Fáber c. Hungría, de 24 de julio de 2012 [performance política, tras los acontecimientos de finales de 2006, en la que los demandantes exhibieron varias prendas de ropa sucia en una cuerda atada a la valla que rodea el Parlamento en Budapest]-; protestas activas impeditivas de determinadas actividades -SSTEDH, caso Steel y otros c. Reino Unido, de 23 de septiembre de 1998 [participación en una protesta contra una cacería de urogallos, durante la cual se intentó obstruir y distraer a los participantes en la cacería; caso Hashman y Harrup c. Reino Unido, de 25 de noviembre de 2011 [protesta durante la cual se interrumpió una cacería de zorros haciendo sonar un cuerno de caza]; Dec. Caso Lucas contra el Reino Unido de 18 de marzo de 2003 [obstaculizar la carretera de acceso a una instalación militar en protesta contra el armamento almacenado].

6. También lo ha hecho con relación a conductas que recayeron sobre símbolos, instalaciones o monumentos públicos. Destacan al respecto, y entre otros, cuatro pronunciamientos relativamente recientes: SSTEDH, caso Shvydkav c. Ucrania, de 30 de octubre de 2014 -retirar una cinta de una corona que había sido colocada por el Presidente de Ucrania en un monumento a un famoso poeta ucraniano el Día de la Independencia-; caso Murat Vural c. Turquía, de 21 de octubre de 2014 [manchar con pintura roja la estatua dedicada a Atatürk]; caso Handzhiyski c. Bulgaria, de 6 de julio de 2021 [colocar guirnalda y otros objetos de sorna sobre un monumento erigido en la ciudad de Sofía a un político que participó durante el régimen comunista como dirigente de un partido títere del propio Partido Comunista]; y, el más reciente, Genov y Sarbinska c. Bulgaria, de 30 de noviembre de 2021 [manchar con pintura ese mismo monumento]-.

7. En todos estos supuestos, en los que los demandantes habían sido sancionados con distinto alcance -de los treces años de prisión impuestos al Sr. Murat, diez días de arresto a la Sra. Luz, a las multas administrativas impuestas al Sr. Jacinto y a los Sres. Leandro y Marcial-, el Tribunal, al identificar la necesidad de la sanción en una sociedad democrática -además de la cuestión de la absoluta desproporcionalidad en el caso Murat- parte de un mismo esquema de análisis.

Sin perjuicio de que las conductas puedan infringir preceptos que castigan el vandalismo o la afectación de símbolos debe valorarse si implicaban la expresión de una idea o pensamiento, a la luz del contexto en el que se realizaron, la finalidad crítica que incorporaban, su potencial incitación a la violencia y al odio y, también, como elemento muy significativo, el grado de afectación o daño al propio monumento pues "por muy legítimos que sean los motivos su sanción puede considerarse necesaria debido a que los monumentos públicos son, a menudo físicamente únicos y forman parte del patrimonio cultural de una sociedad, y porque en una sociedad democrática regida por el Estado de Derecho, los debates sobre el destino de un monumento público deben resolverse a través de los canales legales apropiados y no por medios encubiertos o violentos" -vid. caso Handzhiyski, citado anteriormente, § 53-.

En los cuatro casos, el tribunal identificó vulneración del derecho a la libertad de expresión porque descartó una significativa lesión de otros derechos o intereses públicos que merecieran mayor protección.

8. También con relación a conductas expresivas consistentes en la quema de la **bandera** y fotos de un presidente de un tercer Estado -STDH, caso Partido Popular Democrático Cristiano c. Moldavia (n.º 2) de 2 de febrero de 2010-, o en el intento de realizar una suerte de *performance*, dentro de un templo, en la zona del altar, criticando a la Iglesia Ortodoxa, por el apoyo prestado al presidente ruso Putin -STEDH, caso Mariya Alekhina y otras c. Rusia, de 17 de julio de 2018- el Tribunal ha utilizado el mismo modelo de análisis.

Además de evaluar el contexto, finalidad y riesgos de producción o provocación de violencia toma en cuenta los costes que pudieran derivarse para los intereses y los derechos de los terceros afectados.



En el caso Alekhina, aunque, como recuerda el Tribunal, el derecho a la libertad de expresión no supone " *la creación automática de una facultad de entrar en una propiedad privada e, incluso, a cualquier propiedad pública como, por ejemplo, oficinas gubernamentales y ministerios*" -vid. SSTEDH, caso Appleby y otros v. Reino Unido, de 6 de mayo de 2003, caso Taranenko c. Rusia, de 15 de mayo de 2014-, identificó lesión de su contenido convencionalmente protegido porque, además del significado expresivo, contexto de crítica política, ausencia de incitación a la violencia " *los actos de las demandantes no interrumpieron ningún servicio religioso, ni dañaron a aquellas personas que se encontraban en la Catedral ni los bienes de la iglesia*".

9. Reitero, desde el modelo de evaluación utilizado por el TEDH, considero que la conducta expresiva de los acusados no estuvo amparada por la libertad de expresión. No cuestiono la intencionalidad política. Tampoco puedo cuestionar, porque el juez de instancia lo excluyó -aunque paradójicamente toma en cuenta el alto desvalor contextual para fijar la pena del delito de ultraje-, que con ella no se incitara a la violencia o al odio.

Pero ello no me impide afirmar, rotundamente, que la conducta expresiva analizada supuso, al tiempo, una injusta e injustificable lesión del derecho a la libertad de expresión de quienes pacíficamente, en un campus universitario, en un espacio *ad hoc* destinado para ello, mostraban la **bandera**.

Los acusados no contaban con ninguna razón constitucional mínimamente valiosa para hacerse con una **bandera** que no era suya, arrebatándola del estand de la entidad Societat Civil Catalana.

No solo por lo que supone de ilícita apropiación sino de negación frontal de los valores del pluralismo y la convivencia pacífica. A diferencia de los casos antes referidos del TEDH, en el que nos ocupa, el coste iusfundamental provocado por la conducta expresiva de los acusados -cercana al más desnudo matonismo ideológico, propio de movimientos totalitarios-, fue muy alto. Se limitó gravemente el derecho a la libertad ideológica y de expresión de aquellos que pacíficamente exhibían la **bandera** que resultó finalmente rajada.

10. En este contexto, me parece evidente que el derecho a la libertad de expresión no puede prestar cobertura a una conducta expresiva como la que constituye el objeto de este proceso. En mi opinión, comporta una contradicción constitucional irreductible afirmar que la libertad de expresión protege a quien instantes antes ha privado a otro, de manera arbitraria, sin justificación alguna, de su derecho a expresarse mediante la exhibición de símbolos respetuosos con la Constitución.

11. El contexto de producción hace, a mi parecer, que las conductas expresivas de los acusados queden muy lejos de las conductas analizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH, caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España, de 13 de marzo de 2018, y que, por tanto, merezcan el nivel de protección convencional que se dispensó a estas.

12. Sentado lo anterior, y como anticipaba, no identifico tipicidad en la conducta. Considero que rajar la **bandera**, en el contexto en que se produjo, es una acción inadecuada para lesionar el bien jurídico protegido en el artículo 543 CP.

13. No oculto mis intensas dudas sobre la adecuación del tipo del artículo 543 CP, en los términos en que está redactado, a las exigencias derivadas del principio de tipicidad. Comparto sustancialmente las consideraciones vertidas por el magistrado Xiol y la magistrada Balaguer en el apartado 1.3 del voto particular formulado a la STC del Pleno 190/2020. La tasa de apertura e imprecisión sobre el significado y alcance de los elementos que integran el tipo es muy alta. Lo que genera un riesgo, también alto, de afectación de las notas de la predictibilidad y accesibilidad a las que debe responder toda norma penal, como exigencias del principio de legalidad penal material -vid. SSTEDH, caso Achour c. Francia, de 29 de marzo de 2006 y Del Río c. España, de 21 de octubre de 2013 y SSTC 57/2010, 258/2007, 91/2009-. Los riesgos de desbordamiento de la intervención penal resultan evidentes y, en esa medida, de colisión con derechos fundamentales como los de libertad de expresión e ideológica.

Por ello, considero, en cumplimiento estricto de la función que la Constitución nos encomienda a los jueces ordinarios, que deben activarse interpretaciones que reduzcan dicho riesgo, delimitando con mayor precisión el contorno aplicativo. Incluso, acudiendo a la teoría de la corrección negativa del tipo, y de la propia medición de la idoneidad lesiva de la acción formalmente típica a partir de la gravedad de la pena prevista.

14. Si bien es cierto que la STC 190/2020 no identificó óbices de constitucionalidad en el tipo del artículo 543 CP -que le hubieran llevado a plantear una autocuestión-, ello no supone que cualquier aplicación del tipo resulte conforme a las exigencias de estricta tipicidad y lesividad. Como tampoco implica que el pronunciamiento constitucional en un recurso de amparo disculpe a los jueces ordinarios de una interpretación estricta de los laxos elementos objetivos que integran el tipo y de la no menos poco precisa fórmula de acción que describe -basta atender a la definición que ofrece el diccionario de la RAE del verbo ultrajar-.



15. En mi opinión, la restricción debe proyectarse en dos planos. Uno, el relativo a los fines de protección de la norma. El otro, respecto al propio objeto de la acción ofensiva o ultrajante.

Con relación al primero, y también haciendo míos los argumentos ofrecidos por los magistrados Xiol, Balaguer y Conde-Pumpido en los respectivos votos particulares a la STC 190/2020, la **bandera**, precisamente por su contenido simbólico, genera sentimientos y emociones de adhesión al proyecto integrador que representa. Pero, también, y por la misma razón, puede provocar rechazo en quienes no comparten el proyecto que simboliza. Y ambas expresiones, la adhesión y el rechazo, merecen la misma protección constitucional siempre que no desborden las condiciones constitucionales de los derechos fundamentales que les sirvan de cauce.

Este amplio espectro de la protección constitucional de las opciones personales es el que caracteriza a nuestro sistema constitucional, prestando sentido a todo el sistema de derechos y libertades. El pluralismo es un valor fundacional de nuestra Constitución que, por ello, rechaza fórmulas de *democracia militante*.

De ahí que la protección penal del símbolo ni debe cumplir una función promocional de la adhesión ni debe limitar excesivamente, por la vía del castigo, el rechazo. No solo no le corresponde a la norma penal, sino que puede suponer un claro exceso de intervención, un *patente derroche de coerción penal*, en clásica terminología constitucional - STC 136/1999-. De ahí, la necesidad de una interpretación muy estricta que neutralice todo riesgo de castigo a la no adhesión.

16. No cualquier conducta expresiva de rechazo a los símbolos de España o de sus Comunidades Autónomas puede merecer sanción penal, porque no todas las conductas, ni mucho menos, reúnen la mínima tasa de idoneidad para lesionar el bien jurídico protegido por el artículo 543 CP.

Este, como precisa, la STC 190/2020 es "el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a la función de representación que los símbolos y emblemas identificadores de España y de sus comunidades autónomas desempeñan". Dimensión del bien jurídico que obliga a trazar una clara relación de imputación de la lesión -la afectación del mantenimiento del orden político- entre la acción ultrajante y la función representativa del símbolo. Lo que reclama particulares condiciones de adecuación a la primera. Parece obvio, en mi opinión, que ese nivel de afectación no puede alcanzarse por cualquier acción expresiva o material que recaiga sobre todo tipo de representación gráfica de la **bandera** con independencia del contexto en el que se produzca.

17. Lo que me acerca al segundo plano de análisis: el objeto típico.

En los términos precisados por el Tribunal Constitucional, los objetos a los que se refiere el artículo 543 CP deben cumplir una *función representativa*. La cuestión que surge es si a los efectos típicos del artículo 543 CP cualquier plasmación gráfica de los colores o emblemas que caracterizan a las **banderas** de España y de sus comunidades autónomas incorpora esa función representativa que justifique en caso de "ultraje" su sanción penal.

18. No puede ocultarse el creciente riesgo de trivialización de los símbolos nacionales y autonómicos. Estos aparecen en los formatos más variados y objetos más insólitos -mecheros, pulseras, gorras, camisetas, bufandas, mascarillas, pasquines de todo tipo, carteles electorales, rótulos comerciales, conservas alimenticias, etc-. Lo que constituye muestras absolutamente legítimas de adhesión, fuertemente protegidas por los derechos a la libertad ideológica y de expresión. Pero, al tiempo, y a mi parecer, ese uso reduce muy notablemente la función significativa integradora, en los términos a los que se refería la STC 94/1985, de la **bandera** y su proyección gráfica. El contexto comercial, partidista, lúdico o personal en el uso del símbolo reduce las condiciones que permiten identificar toda la carga simbólico-constitucional que le hace merecedor de una especial protección penal.

19. Situémonos, por un momento, en el caso abordado en la STC 190/2020, trasladando el contexto de producción a las fiestas de verano de una localidad adornada con guiraldas de banderines con la **bandera** de España y de sus comunidades autónomas. ¿Cabría identificar mínima idoneidad para lesionar el bien jurídico protegido en una acción consistente en espetar, quejándose de la presencia de las **banderas**, las expresiones ["*puta bandeira*"] que el Sr. Bruno [el demandante de amparo] utilizó mientras se izaba la **bandera** nacional en el Arsenal militar del El Ferrol?

En un contexto en el que un grupo político convoca una manifestación en la que se enarbolan cientos de **banderas** de España o de una comunidad autónoma con reivindicaciones fuertemente identitarias ¿Sería punible, como ultraje del artículo 543 CP, que una persona mostrara su descuerdo, su rechazo al proyecto de adhesión identitaria que el uso de las **banderas** en ese contexto representa, utilizando las expresiones del Sr. Bruno ? ¿Y si utilizando una **bandera** de su propiedad rajara o dañara la **bandera** en presencia de terceros rechazando la propuesta identitaria de los que la enarbolan? ¿Esa **bandera** utilizada para patentizar la no adhesión o el rechazo a la propuesta identitaria está protegida penalmente frente al "ultraje"? ¿En un contexto



de enfrentamiento deportivo, quemar o romper una bufanda con los colores de la **bandera** de España o de alguna de sus Comunidades Autónomas por un aficionado del equipo contrario debe ser considerado ultraje? ¿La bufanda que incorpora los colores de la **bandera** correspondiente es símbolo penalmente protegido? Los ejemplos serían interminables.

Creo, sinceramente, que en estos contextos no cabe la protección penal. No solo por los riesgos de hipertrofia y colisión con derechos fundamentales que implicaría, sino porque no hay la mínima adecuación típicamente exigible para lesionar el bien jurídico.

20. A mi parecer, la Ley 39/1981, de 28 de octubre, *por la que se regula el uso de la **bandera** de España y de otras **banderas** y enseñas*, ofrece útiles guías interpretativas del artículo 543 CP. La llamada a la protección, mediante normas sancionatorias, que se contiene en el artículo 10, puede entenderse referida a las **banderas** que cumplen la función representativa que la propia ley previene en los artículos 3 y ss y respecto de la cuales se precisan, incluso, los honores y tratamientos que se les debe dispensar -artículo 2. apartado tercero-. La propia ley establece, en el artículo 8, la prohibición de utilización en la **bandera** de España de cualesquiera símbolos o siglas de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas.

21. En mi opinión, el espacio de tipicidad del artículo 543 CP, sin perjuicio del juicio de antijuricidad que la conducta merezca en el caso concreto, debería limitarse a acciones de ultraje que recaigan sobre símbolos que desempeñen una clara y normativizada función representativa en los términos precisados en la Ley 39/81 pues es la función en esos contextos públicos y oficiales -izadas en organismos públicos, en dependencias publicas, en edificios oficiales, etc.- la que otorga, sin interferencias, el valor de la representatividad colectiva. Y cuya negación mediante la acción típica, puede, por ello, adquirir la mínima idoneidad para lesionar el bien jurídico: el mantenimiento del orden político.

22. La propia STC 190/2020 ofrece razones para sostener esta interpretación estricta. Resulta difícil obviar el peso que adquiere en el discurso argumental que justifica el rechazo del amparo pretendido por el Sr. Bruno, el contexto oficial y solemne -el izado de una **bandera** en un acuartelamiento militar- en el que se produce la conducta cualificada de ultrajante.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado el marco solemne y especialmente simbólico a la hora de abordar si determinadas conductas expresivas estaban amparadas por el artículo 10 CEDH. En la STEDH, caso Sinkova c. Ucrania, de 27 de febrero de 2018, el tribunal descarto lesión del derecho a la libertad de expresión de la demandante que había sido condenada a tres años de prisión con suspensión de pena por dos años como autora de un delito de ofensas a símbolos nacionales. Los hechos, sintéticamente expuestos, fueron los siguientes: la Sra. Eufrasia, miembro de un sindicato, en compañía de otras personas, se dirigió al Monumento de " *la Gloria Eterna a los Caídos en la Segunda Guerra Mundial*", en el que se encontraban las tumbas de treinta y dos soldados, incluida la de un Soldado Desconocido. La demandante cogió una sartén preparada de antemano, rompió unos huevos en ella y los frió sobre la llama perenne del monumento. Dos de sus compañeros se unieron a ella y frieron salchichas en pinchos sobre la llama. Otro miembro del grupo filmó el acto. Pese a que el objetivo pretendido era protestar por la política energética del Gobierno ucraniano, el Tribunal consideró que " *la llama en la que la demandante frió huevos forma parte de un monumento que conmemora a los soldados que dieron su vida defendiendo su país durante la Segunda Guerra Mundial. Había muchas oportunidades adecuadas para que la demandante expresara sus opiniones o participara en protestas contra la política del Estado sobre el uso del gas natural o la respuesta a las necesidades de los veteranos de guerra, sin infringir la ley penal y sin insultar la memoria de los soldados que perecieron y los sentimientos de los veteranos, cuyos derechos pretendía defender ostensiblemente*".

23. En resumen, a mi parecer, los acusados, al arrebatar y rajar la **bandera** que se exhibía en el stand de la entidad Societat Civil Catalana en el campus de la UAB, actuaron de manera injusta, sin cobertura constitucional, lesionando significativamente el derecho a la libertad de expresión de terceros. Pero esa conducta antijurídica no constituye delito de ultraje a la **bandera** del artículo 543 CP.

Por eso considero, en respetuoso disenso con mis colegas, que el recurso del Ministerio Fiscal debería haber sido desestimado.

Fdo.: Javier Hernández García