

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

### Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por:

**SANTIAGO MIR PUIG**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

#### **LA PROTECCION PENAL DE LAS BANDERAS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS. ULTRAJES A LA BANDERA Y LIBERTAD DE EXPRESION**

**(Comentario a la STC de 18 de septiembre de 1992)**

**M. TERESA CASTIÑEIRA PALOU**

Profesora titular de la Universidad de Barcelona

**SUMARIO:** Comentario.—1. Las banderas de las Comunidades Autónomas son símbolos del Estado según el art. 4.2 de la Constitución. 1.1. Inclusión de las banderas de las Comunidades Autónomas en el artículo 123 del Código Penal. 1.2. Ultrajes. 1.3. Uso público y oficial. 1.4. El artículo 89 del Código Penal Militar.— 2. Ultraje y libertad de expresión.

#### COMENTARIO

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 119/1992 de 18 de septiembre, ha declarado inconstitucional el párrafo 2 del artículo 10 de la Ley 39/1981 de 28 de octubre, que decía: «Las infracciones de lo previsto en esta ley se considerarán incursas en lo establecido en los artículos 123 y concordantes del Código Penal y, en su caso, en el artículo 316 del Código de Justicia Militar, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran proceder.»

Así ha resuelto la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Valencia en relación al procedimiento seguido

contra Francisco José Navarro y otros por un presunto delito de ultraje a la bandera. Al parecer (1) Francisco José Navarro y otros habían realizado actos que pudieran ser constitutivos de ultraje a la bandera de la Comunidad Autónoma de Valencia.

La Audiencia de la Comunidad de Valencia planteó la posible inconstitucionalidad de los párrafos 1 y 2 del artículo 10 de la ley 39/1981, con base en los siguientes argumentos:

- Los símbolos del Estado a que se refiere el art. 123 del Código Penal son «únicamente aquellos que de forma incuestionable lo personifican o representan, identificándolo, en su esencia, ante sus propios miembros y en la comunidad internacional» y las banderas de las Comunidades Autónomas «no se equiparan a la del Estado, ni lo simbolizan o personifican.»
- Las banderas de las Comunidades Autónomas no son objeto de protección del art. 123 C.P. porque no son «del Estado, sino de Corporaciones públicas de base territorial y naturaleza política que tienen como esfera y límite de su actividad la gestión de los intereses que les son propios».
- Considerar, a los efectos penales, la bandera de cada Comunidad como un símbolo que representa al Estado constituiría una interpretación extensiva de aquel tipo de injusto, proscrita por el Derecho Penal por constituir una vulneración de los principios de legalidad, tipicidad y sus derivados». Eso es lo que hace el art. 10.1 y 2 de la Ley 39/1981 al decir que las ofensas a las banderas de las Comunidades Autónomas deben castigarse conforme a lo dispuesto en las leyes y que «las infracciones de lo previsto en dicha ley se considerarán incursas en lo establecido en el art. 123 y concordantes del C.P.».
- La Ley 39/1981 establece penas privativas de libertad para hechos antes no castigados, en consecuencia debería ostentar el rango de Ley Orgánica.

El T.C., acertadamente, ha aceptado sólo parcialmente el punto de vista de la Audiencia Provincial de Valencia y, consiguientemente, ha declarado inconstitucional el párrafo 2 del art. 10 de la Ley 39/1981, pero no el párrafo 1.

En efecto, el párrafo 2 del art. 10 establecía: «Las infracciones de lo previsto en esta ley se consideran incursas en lo establecido en el artículo 123 y concordantes del Código Penal y, en su caso, en el artículo 316 del Código de Justicia Militar, sin perjuicio de las sancio-

---

(1) Incomprensiblemente, la Sentencia del T.C. no relata los hechos supuestamente constitutivos de ultraje a la bandera que dieron lugar al procedimiento penal contra Francisco José Navarro y otros.

nes administrativas que pudieran proceder». Como la ley 39/1981 contempla infracciones no previstas anteriormente como delito, crea nuevos tipos y señala penas privativas de libertad; por eso debió haber sido una Ley Orgánica en vez de una Ley ordinaria. Al no ostentar este rango, aquellos artículos que establecen penas privativas de libertad, son contrarios a la Constitución y por tanto nulos, como declara ahora el T.C. (2).

En cambio, el párrafo 1 del art. 10 se limita a decir que: «Los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el art. 4 del presente texto se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes», de forma que si las leyes no dispusieran sanción alguna para los ultrajes a las banderas de las Comunidades Autónomas, este comportamiento quedaría impune.

Sin embargo, las banderas de las Comunidades Autónomas gozan, según la legislación vigente, de protección penal. Dicha protección deriva directamente de lo establecido en el art. 4 de la Constitución y no de la Ley 39/1981. Si el fundamento de la protección penal de las banderas de las Comunidades Autónomas fuera la citada Ley 39/1981 tendría razón la Audiencia Provincial de Valencia, ya que, como se alega en el recurso, no es una ley orgánica.

### **1. Las banderas de las Comunidades Autónomas son símbolos del Estado, según el art. 4. 2 de la Constitución**

La bandera (3) es un instrumento de representación tanto del Estado como de las distintas Comunidades Autónomas con el que, a menudo, las personas se sienten identificadas. Es un hecho conocido que, para muchas personas, miembros las Comunidades autónomas, el valor representativo de su bandera es superior al de la bandera de España.

La importancia del carácter simbólico de la bandera se ha puesto de manifiesto en los frecuentes problemas que ha planteado el uso de las banderas de las Comunidades Autónomas respecto a la bandera de España.

Así, se ha discutido si aquéllas deben ondear junto a la bandera de España como dispone el art. 4-2 de la C.E. y el lugar que unas y otra han de ocupar cuando estén legalmente juntas (4).

---

(2) Vid. M.<sup>a</sup> Teresa CASTIÑEIRA: *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Catalunya*, Barcelona (Institut d'estudis autonòmics), 1990, p. 211.

(3) Sobre el simbolismo político, Cfr. LUCAS VERDÚ, P.: *Comentarios a las leyes políticas*. Dirigidos por ALZAGA, O.: *Constitución Española 1978*, Madrid (Edersa), 1983, p. 217 y ss.

(4) Cfr. ENTRENA CUESTA, R.: *Comentarios a la Constitución Española*; GARRIDO FALLA, F., y otros. Madrid (Civitas), 1985, pp. 78 y ss.

Para tratar de resolver estos problemas se promulgó 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*. Su art. 4 establece que las banderas de las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos reconozcan una bandera propia *se utilicen en todos los edificios públicos del ámbito territorial de aquélla* junto a la bandera de España. El lugar que debe ocupar la bandera de España respecto a las banderas de las Comunidades Autónomas se regula en esta ley con precisiones tal vez exageradas.

Sin embargo, no cabe desconocer que se trata de una cuestión que afecta a la sensibilidad política de muchas personas, como se ha puesto de manifiesto, tras las recientes sentencias del T.C. que anulan algunos párrafos del art. 10 de la Ley de 1981. Pero, las conclusiones que se han extraído de la declaración de inconstitucionalidad de los párrafos 2 y 3 del art. 10 de la citada Ley (5), declaración que es correcta puesto que no se trataba de una ley orgánica (6), no son exactas. Según algunas informaciones publicadas por algunos diarios nacionales «la pena de cárcel por ultraje a las banderas puede aplicarse a la española y no a las autonómicas» (7). Esto no sólo no es así, sino que la STC de 18 de septiembre de 1992 afirma expresamente que las banderas de las Comunidades Autónomas son símbolos del Estado:

«Resulta indudable a la vista del art. 2 de la Constitución, que la misma ha instaurado un Estado complejo, en el que el ejercicio de las funciones estatales se encomienda tanto a las instituciones generales del Estado como a las Comunidades Autónomas, dotadas de autonomía política que son expresión del “derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones” que integran “la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”. También son símbolos del Estado español las banderas y enseñas previstas en el art. 4 CE y reconocidas en los Estatutos de las Comunidades Autónomas, en tanto en cuanto, como ha quedado dicho éstas constituyen la expresión de la autonomía que la Constitución ampara y de la pluralidad y complejidad de Estado que configura» (8).

---

(5) La STC 119/1992, de 18 de septiembre, declara inconstitucional el párrafo 2 del art. 10. Anteriormente la STC 118/1992, de 16 de septiembre, había declarado inconstitucional el párrafo 3 del art. 10 de la misma ley.

(6) Vid. M.<sup>a</sup> Teresa CASTIÑEIRA: *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Catalunya*, Barcelona (Institut d'estudis autonòmics), 1990, vol. I, p. 211.

(7) Así, por ej., «El País», miércoles, 23 de septiembre de 1992, p. 15.

(8) *Fundamento Jurídico*, 1.

En efecto, la protección penal de las banderas de las Comunidades Autónomas no derivan de la Ley de 1991, sino directamente de lo establecido en la Constitución.

Para saber si y cómo están protegidas las banderas de las Comunidades Autónomas en el Código Penal hay que plantear tres cuestiones: Primera, y fundamental, si las banderas de las Comunidades Autónomas constituyen uno de los objetos cuyo ultraje es subsumible en el artículo 123 C.P. Segunda, qué actos pueden constituir ultraje. Y tercera, si la bandera está protegida en todo caso o sólo en los supuestos de uso público y oficial.

### 1.1. *Inclusión de las banderas de las Comunidades Autónomas en el artículo 123 del Código Penal*

El art. 123 del C.P. castiga «los ultrajes a la nación española, al sentimiento de su unidad, al Estado o su forma política, así como a sus símbolos o emblemas...» (9).

La bandera es un símbolo de las Comunidades Autónomas reconocido expresamente por la Constitución (art. 4. C.E.).

El carácter simbólico de las Comunidades Autonomías en relación a la Comunidad Autónoma está fuera de duda. Más complejo es responder a la cuestión de si pueden ser consideradas como un símbolo de la nación. En principio puede defenderse la subsunción de los ultrajes a las banderas de las Comunidades Autónomas en el art. 123 del C.P. a partir de lo dispuesto en el art. 4 de la Constitución. Este hace referencia a la bandera de España y a las banderas de las Comunidades Autónomas. Estas son las banderas protegidas por el art. 123: *la de España y las de las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos las hayan reconocido* (10).

Podría parecer excesivo reducir la protección penal a las banderas reconocidas por los Estatutos de Autonomía, pero si las propias comunidades no han considerado oportuno reconocer una bandera en el Estatuto, no pueden luego reclamar para ella los efectos jurídicos que tendría su reconocimiento en los términos establecidos en el art. 4 de la Constitución.

Si a lo anterior se añade que los ultrajes a la Nación española no siempre se han entendido como ataques a la Nación en su totalidad, sino que también se han considerado como tales los ultrajes a partes de

---

(9) Cfr. CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código Penal*, Barcelona (Ariel), 1978, t. III, pp. 30 y ss.

(10) LUCAS VERDÚ, P.: *Comentarios...*, cit., T. I, p. 222.

la misma (11), puede afirmarse que los ultrajes a las banderas de las Comunidades Autónomas son subsumibles en el art. 123 del C.P.

Con todo, contra la inclusión de las banderas de las Comunidades Autónomas en el art. 123 del C.P. se podrían utilizar dos argumentos:

1) Cuando el Código Penal ha querido extender su protección a Instituciones de las Comunidades Autónomas lo ha hecho de modo expreso (12); por ejemplo, el art. 160 bis C.P.

2) El intento del legislador de otorgar a las banderas de las Comunidades Autónomas la misma protección de que goza la bandera de España realizado por la Ley 39/1981, de 28 de octubre, ha resultado inconstitucional (13).

El art. 10 de esta última Ley establece: «Los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo cuarto del presente texto (banderas de las Comunidades Autónomas), se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes.» Esta disposición ha sido interpretada como extensiva del ámbito de protección del art. 123 a las banderas de las Comunidades Autónomas y consecuentemente inconstitucional. En efecto, así interpretada, amplía el ámbito de lo punible y establece penas privativas de libertad, por tanto debería tener el rango de Ley Orgánica.

Sin embargo, el art. 10.1 de la Ley 39/1981 puede entenderse de un modo distinto. Se limitaba a decir que los ultrajes y ofensas a las banderas de las Comunidades Autónomas se castigarán *conforme a lo dispuesto en las leyes*, de modo que si las leyes no disponen castigo alguno para la ofensa o ultraje a aquellas banderas, éste debe quedar impune. Lo que sucede es que el ultraje a las banderas de las Comunidades Autónomas reconocidas estatutariamente está castigado por el artículo 123 del C.P. El art. 10.1 de la Ley 39/1981 no ampliaba el ámbito de lo punible, aunque hay que reconocer que es innecesario, desafortunado y confuso. Mas ninguna de las objeciones apuntadas parece aceptable:

- En el art. 123 del C.P. no se ha incluido una referencia expresa a las banderas de las Comunidades Autónomas porque, sencillamente, no es necesario hacerlo así. Estas banderas estaban ya

---

(11) S. 29 de julio de 1907, RJCr. 33 (F. Enjuto). CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios...*, cit., T. III, p. 31. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Madrid, 1983, p. 548.

(12) La reforma del C.P. realizada por la L.O. 8/1983 de 25 de junio hubiera sido la ocasión idónea para ello.

(13) CALDERÓN SUSFÍN, E.: *El artículo 10 de la Ley 39/1981*, en Cuadernos de política criminal, 1982, n. 17, p. 365.

comprendidas en el ámbito de protección del C.P. a partir de lo dispuesto en el art. 4 de la C.E. En cambio, en el caso del art. 160 bis la mención expresa de las instituciones de las Comunidades Autónomas era precisa para poder otorgarles protección penal (14).

- La disposición del art. 10.1 de la Ley 39/1981 es irrelevante; no modifica el ámbito del art. 123 C.P. en lo que se refiere al objeto de protección porque las banderas de las Comunidades Autónomas reconocidas por los estatutos ya estaban incluidas en él.

El art. 123 comprende las banderas que tienen reconocimiento constitucional: la de España y de las Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos las hayan reconocido. En cambio, no son subsumibles en él los ultrajes a las banderas de Ayuntamientos, Diputaciones, provincias..., etc.

## 1.2. *Ultrajes*

El art. 123 castiga los *ultrajes* a la bandera. El término «ultraje» ha sido entendido como equivalente a «injuria» (15), de modo que habría que interpretarlo como expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de cualquiera de los objetos a que se refiere el art. 123. Sin embargo, hay razones para interpretar más restrictivamente el ultraje:

1. El C.P. contiene una definición unitaria de injurias, pero luego distingue entre injurias graves, leves y livianas (arts. 458-459, 460 y 586-1, respectivamente).

2. Las penas que establece el C.P. para las injurias son notablemente inferiores a las señaladas en art. 123 del C.P.: Las injurias graves hechas por escrito y con publicidad se castigan con la pena de arresto mayor o destierro y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. Los ultrajes del art. 123, cuando tienen lugar con publicidad, se castigan con

---

(14) CALDERÓN SUSÍN, E.: *El artículo 10 de la Ley 39/1981*, en Cuadernos de política criminal, 1982, n. 17, p. 365.

Se trata de los delitos contra los altos Organismos de la Nación. En este caso la mención expresa a las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, a los Consejos de Gobierno de las mismas y a sus miembros era necesaria, porque los arts. 149 y siguientes se refieren a las Cortes, al Congreso de los Diputados, al Senado, al Consejo de Ministros o Ministros. No cabe entender que el Parlamento de Catalunya equivale a las Cortes o al Congreso de los Diputados. Por eso era necesario el art. 160 bis.

(15) Cfr. CÓRDOBA, J.: *Comentarios...*, cit., T. III, p. 34-35, y BUSTOS, J.: *Manual de Derecho Penal*, Parte especial. Barcelona (Ariel), 1986, p. 462.

las pena de prisión mayor. Esta diferencia de pena se podría justificar alegando la importancia de los objetos comprendidos en el art. 123 y la necesidad de protegerlos más que el honor de los particulares. Lo anterior es discutible, pero si la comparación se hace entre las injurias livianas y los ultrajes, la diferencia de pena es injustificable.

Parece preferible otra interpretación de ultraje. Ultraje puede considerarse equivalente a injuria, pero no a cualquier injuria, sino sólo a aquellas de gravedad excepcional. En este sentido, puede considerarse ultraje quemar una bandera, arrastrarla por el suelo, pisotearla o escupir sobre ella, pero no descolgarla.

La interpretación de «ultraje» como injuria tiene una consecuencia adicional. En las injurias, la doctrina y la jurisprudencia españolas acostumbran a exigir el ánimo de injuriar como elemento subjetivo del injusto, exigencia que se traslada al delito del art. 123 C.P. (16). Así, se excluirían del ámbito del presente artículo los actos objetivamente ultrajantes realizados sin ánimo de ultrajar, de modo que quien quemara una bandera con perfecto conocimiento del significado de este acto pero sin ánimo adicional de ultrajarla quedaría fuera del ámbito de aplicación de este artículo. Pero como el art. 123 no exige de modo expreso elemento subjetivo alguno, es posible entender que los actos objetivamente ultrajantes están comprendidos en el art. 123. Comete el delito tanto quien quema la bandera con ánimo de ultrajarla como quien realiza la misma conducta para ganar una apuesta o para gastar una broma (17).

### 1.3. *Uso político y oficial*

Actos de ultraje a la bandera son imaginables en situaciones muy distintas:

1. En los supuestos de *uso público y oficial* de la bandera. En ellos, el acto de ultraje aparece como más grave y, aunque el art. 123 no lo exige de modo expreso, puede considerarse como el único que da lugar a responsabilidad penal (18) por dos razones:

---

(16) CÓRDOBA, J.: *Comentarios...*, cit. T. III, pp. 34-35. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*. Sevilla (Universidad de Sevilla), 1985, p. 517.

(17) De otro modo se corre el riesgo de presumir el ánimo de injuriar como hace la STS de 6 de diciembre de 1985 (A. 5999) (F. Soto Nieto), que considera que del hecho de arrancar y quemar la bandera se desprende el ánimo de injuriar.

(18) En este sentido, la STS de 4 de diciembre de 1978, RJC. 1030 (M. Gómez Riaño).

a) El art. 4 de la C.E. hace referencia al uso de las banderas de las Comunidades Autónomas en *edificios públicos y actos oficiales*. De la misma forma que según el artículo 4 se puede considerar que las banderas de las Comunidades Autónomas reconocidas por sus Estatutos son símbolos protegidos penalmente, el propio texto permite sostener que lo son en cuanto se usan como tales, es decir, en los casos de uso público y oficial.

b) Las penas previstas en el artículo 123 son bastante graves —quien ultraja públicamente una bandera puede ser condenado a una pena de hasta doce años de prisión—. Por ello, hay que entender que la protección se limita a los supuestos de uso público y oficial de la bandera.

2. También es frecuente el uso público de la bandera sin carácter oficial. Según la tesis aquí sostenida, el ultraje a la bandera quedaría en este caso fuera del ámbito de protección penal.

De *lege ferenda* es discutible si también debe ser protegida la bandera cuando es usada públicamente. Cabe pensar que no es preciso el recurso al Derecho Penal, ya que existen otros medios; por ejemplo, en el ámbito del Derecho Administrativo. Pero también se puede entender que es necesaria la protección penal. De ser así podría incluirse un nuevo tipo en el Código Penal que incriminara el ultraje a la bandera en los casos de uso público, pero, eso sí, como penas notablemente inferiores a las previstas en el vigente art.123 (19).

La primera opción es más acorde al carácter fragmentario y de última *ratio* de Derecho Penal.

#### 1.4. *El artículo 89 del Código Penal Militar*

Este artículo se aplica exclusivamente a los militares, y a diferencia del 123. C.P. se refiere sólo a la bandera de España. Hay que destacar que la pena máxima que se puede imponer a un militar que ultraje u ofenda la bandera —prisión de tres a diez años— es inferior a la prevista en el art. 123 —prisión mayor—.

---

(19) En otros países la protección de la bandera se extiende a todos los casos de uso público. Por ejemplo, el parágrafo 90 del StGB. Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, München (C.H. Beck), 1982, pp. 821 y ss. RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt (A. Metzner), 1982, pp. 42 y ss. WILLMS: *Leipziger Kommentar*, Berlin (W. de Gruyter), 1990, pp. 100 y ss.

## 2. Ultraje y libertad de expresión

Un aspecto de los actos de ultraje a la bandera, hasta hoy también tenido poco en cuenta en nuestro país, es su vinculación con la libertad de expresión. En efecto, el acto de quemar, pisotear, deteriorar, manchar o romper una bandera tiene normalmente un contenido expresivo que se vincula con la manifestación de opiniones disidentes políticamente o de actos de protesta respecto a determinadas actuaciones de los poderes públicos. Consecuentemente, la consideración de que el ultraje, a la bandera como delito puede chocar con un derecho fundamental como la libertad de expresión, que naturalmente no puede reducirse a la libertad de expresión de opiniones favorables. Además, aquí nos podemos encontrar en la necesidad de matizar los límites a la libertad de expresión e información establecidos por el T.C. —información verdadera y de interés general (20)— porque se trata sólo de una expresión, de una expresión de ideas opiniones o aptitudes contrarias a los símbolos de la nación o a lo que éstos representan.

El tema ha sido tratado por la jurisprudencia americana en un caso reciente: *Texas v Johnson* (21). En 1984, durante la Convención nacional del Partido Republicano que tenía lugar en Dallas (Texas), El señor Gregory Lee Johnson participó activamente, junto con otras personas, en una campaña de actos y manifestaciones radicalmente contrarios, a las instituciones básicas de su país y a las personas que lo regían. En uno de los actos de protesta, el señor Johnson quemó una bandera estadounidense, que otro manifestante había descolgado de un edificio público, frente al ayuntamiento de la ciudad, mientras él mismo y hasta un centenar de manifestantes cantaban «América la roja, blanca y azul, escupimos sobre ti». Varios testigos afirmaron posteriormente que habían sido ofendidos seriamente por la quema de la bandera. Uno de ellos recogió las cenizas de la bandera quemada por Johnson y las enterró en el patio trasero de su casa.

Johnson fue condenado por la violación del párrafo 42.09 (a) (3) del Código Penal de Texas (22) a un año de prisión y a pagar una multa de 2.000 dólares. Una instancia superior confirmó la sentencia, pero el Tribunal Superior de Apelaciones de Texas la anuló por considerar que el castigo a Johnson violaba la Primera enmienda. La Supreme

---

(20) Vid. Pablo SALVADOR y otros: *El Mercado de las Ideas*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1990, pp. 484 y ss.

(21) 491 U.S. 397 (1989). Con posterioridad el Congreso aprobó la Flag Protection Act de 1989, que el propio Tribunal Supremo se encargó de declarar inconstitucional en *U.S. v. Eichman* (110 S Ct 2404 (1990).

(22) El párrafo 42.09 (a) (3) dice:

«Desecration of Venerated Object:

(a) A person commits an offense if the intentionally or knowingly desecrates.

(3) A State or national flag».

Court confirmó la Sentencia del Tribunal Superior de Apelaciones de Texas.

Así se plantea de nuevo la cuestión de los límites de la libertad de expresión en un caso de expresión simbólica de opiniones. En nuestro país hay varias soluciones posibles:

1) Si el tema se plantea ante los tribunales, y dada la exigencia jurisprudencial de un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de ultrajar, cabe la posibilidad de que se recurra, como se ha hecho en los delitos de injurias (23), a la inexistencia de dicho elemento cuando la finalidad del sujeto consista en la expresión de una opinión. Aquí se ha sostenido que no es necesario elemento subjetivo alguno en el delito del art. 123; por consiguiente, esta solución no es posible. Además, y dadas la dificultades de prueba de la concurrencia de los elementos subjetivos, crearía una gran inseguridad.

2) Una vía correcta podría ser la aplicación a este caso de la doctrina establecida por el T.C. para los casos de conflictos entre derecho al honor y la libertad de expresión, consistente en apreciar la concurrencia de la eximente de ejercicio de un derecho del art. 8.11 C.P. Ello tendría, además, la ventaja de que no supondría una autorización general para realizar actos de ultraje a las banderas, ya que el ejercicio de derecho a de ser *legítimo* y, además, habrían de darse las circunstancias que en cada caso determinen la prevalencia de la libertad de expresión sobre el interés estatal en que se respeten los símbolos.

Más difícil parece determinar el criterio para decidir en qué casos hay que dar prevalencia a la libertad de expresión. El Tribunal Supremo americano ha aplicado a este caso la doctrina del riesgo claro e inminente: *sólo aquellas formas de expresión que conllevan un riesgo claro e inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino, y que no pueden ser contrarrestados a tiempo con más expresión, la discusión o debate puede ser objeto de represión* (24). Este criterio, u otro similar, puede ser perfectamente aplicable en nuestro país. En efecto, el comportamiento de ultraje a la bandera se asocia a menudo con el delito de desórdenes públicos. El procedimiento que dio origen a la STC, aquí comentada era un procedimiento por los delitos de desórdenes públicos y ultraje a la bandera.

Con todo, vincular necesariamente el delito de ultraje a la bandera al delito de desórdenes públicos parece excesivo. Puede bastar, para que se limite el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que se cree un riesgo claro e inminente de perturbación del orden público;

---

(23) Vid. M.<sup>a</sup>. Teresa CASTIÑEIRA, en P. SALVADOR y otros: *El Mercado de las Ideas*, cit., pp. 482 y ss.

(24) Vid. P. SALVADOR y otros: *El Mercado de las Ideas*, cit., pp. 32 y ss.

perturbación que puede constituir o no un delito de desórdenes públicos. En este último caso, los autores del delito pueden ser tanto las mismas personas que han realizado los actos de ultraje a la bandera como otras distintas. Por ejemplo, terceras personas que se sienten ofendidas por los actos de ultraje a la bandera.