

# *EL ARTICULO 10º DE LA LEY 39|1981*

*EDUARDO CALDERON SUSIN*  
*Prof. del Departamento de Derecho penal*

Publicada en el B. O. E. núm. 271, del día 12 de noviembre de 1981, ha entrado en vigor, una vez cumplidos los veinte días de “vacatio”, 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”, cuyo artículo 10º y último incide de lleno en el campo penal de modo extravagante, ampliándolo ostensiblemente, aunque de modo confuso.

Dice así:

*“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 incurso en lo establecido en el artículo cinco veintitrés y concordantes del Código Penal y, en su caso, en el artículo trescientos dieciseis 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.*

*Cuarto. Sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran los autores de las infracciones de lo dispuesto en esta ley, lo establecido en el artículo ciento veintitrés del Código Penal o trescientos dieciseis del Código de Justicia Militar, en los casos de personas y lugares previstos en este último, será asimismo de aplicación a Presidentes, Directores o titulares de organismos, instituciones, centros o dependencias y a los representantes legales de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas de toda índole que, tras ser requeridos para el cumplimiento de esta ley por la autoridad gubernativa, incumplan lo preceptuado en los artículos anteriores".*

Este artículo, junto con la reciente reforma del artículo 316 del Código de Justicia Militar, constituyen los dos últimos hitos de la evolución seguida por nuestro ordenamiento jurídico en orden a la protección penal de las banderas; evolución que arranca desde el artículo 2º. de la polémica ley de 23 de marzo de 1906, "sobre represión de los delitos contra la Patria y el Ejército" —mejor conocida como "Ley de Jurisdicciones"— y que es, tras diversas vicisitudes —incorporación al Código de 1928 en su artículo 231, derogación del mismo al advenimiento de la 2ª República, reaparición en el artículo 37 de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de enero de 1941 —el germen del vigente ordinal 123, desde 1944, del Código Penal.

Este artículo 123, enquistado dentro de los delitos de traición, constituía un precepto autónomo y, por ello, completo, protegiendo, además de otras realidades, a los "símbolos y emblemas" de la Nación española, entre los que, como signo externo que posee la actualidad de representarla, se encuentra y destaca la bandera.

Se producía una alternatividad, en lo tocante a la protección de los símbolos y emblemas, con el artículo 316 del Código de Justicia Militar, hasta que la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, reformó, entre otros, dicho 316, reduciendo la doble incriminación, al constreñir la esfera punitiva castrense a los "ultrajes a la bandera nacional o estandarte en lugares o edificios militares, así como cuando fueran portados por unidades militares o en paradas, desfiles o

formaciones de tal carácter". Con ello se trataba de ajustar, en este punto, el Código de Justicia Militar a la exigencia, establecida en el artículo 117.5 de la Constitución, de ceñir la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense, aunque, quizás, se olvidó —a no ser que se estuviera pensando en una rápida entrada en vigor del precepto contenido en el artículo 638 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal actualmente en trámite parlamentario— que, siendo, por definición, el derecho penal militar de más dureza que el común, no era congruente la pena del 316 con las establecidas en el 123, o viceversa, ya que, al tratarse de conductas, las incriminadas en aquel, que presuponen casi siempre la publicidad, la pena de seis meses y un día a seis años de prisión es ostensiblemente menor que la de prisión mayor prevista en el artículo 123 para cuando concurre aquella circunstancia.

A esto, que no deja de ser grave, se añade, con no menores reparos, las reglas contenidas en el artículo 10º de la Ley 39/1981 que extienden, de modo confuso y con una técnica que no encuentro plausible, tanto la acción, aunque sólo se trate de una ampliación terminológica, como fundamentalmente el objeto de protección; utilizando, por otra parte, de modo impropio el concepto de publicidad y estableciendo unas presunciones, "*iuris et de iure*", de autoría, nada acordes con el principio de culpabilidad.

En efecto los dos primeros apartados del artículo suponen la ampliación apuntada: de una parte, junto a los ultrajes, único término utilizado en los artículos 123 y 316 ya citados, aparecen las ofensas, y de otra, se extiende la protección penal a las "banderas contempladas en el artículo cuarto del presente texto", o sea las de las Comunidades Autónomas reconocidas como propias en sus estatutos.

No alcanzo a comprender la razón de añadir las ofensas a los ultrajes como si de cosas distintas se tratara, pues no me cabe la menor duda de que son términos sinónimos, a no ser que se piense en una menor entidad del verbo ofender respecto del ultrajar, a modo de sutil matización que permita afirmar que esta última acción requiere unas conductas en sumo groseras mientras que las ofensas se refieren a algo menos directo que puede abarcar formas encubiertas de ataque: interpretación esta, a mi juicio, sumamente peligrosa al no tener base segura, y que debe ser descartada de plano salvo que se quiera posibilitar unos procesos de intenciones; creo que, existiendo un elemento subjetivo en el injusto —el *animus iniuriandi*—, ello exige, por mor de la seguridad jurídica, una objetivación y claridad de la conducta.

Para mi se trata de términos equivalentes —a cualquier diccionario me remito— produciéndose una tautología, circunstancia siempre criticable en una ley penal: sobra el ofender —aquí y en el artículo 537 del mencionado Proyecto de Código Penal—, máxime cuando la doctrina, científica y jurisprudencial, no ha tenido nunca duda en la interpretación de qué se entiende por ultraje asimilándolo a la injuria del artículo 457 del Código Penal —valga por todas, debido a su fecha cercana, la S. T. S. de 31 de octubre de 1980, R. A. 4232—.

Lo que si supone una ampliación efectiva de la esfera penal es, como apuntaba, el extender el objeto de protección a las banderas autonómicas, lo que, en suma, significa la creación de un nuevo tipo de injusto.

Antecedente del mismo, no resucitado tras la caída de la 2ª. República española, se encuentra en la citada Ley de 1906 en cuyo artículo 2º, después de incriminarse los ultrajes a la Nación, a su bandera, himno nacional o emblema de su representación, se señalaba en un segundo párrafo que: “En la misma pena —prisión correccional— incurrirán los que cometan iguales delitos contra las regiones, provincias, ciudades y pueblos de España, sus banderas o escudos”.

El texto aprobado por el Senado incluía la protección de las banderas de Ayuntamientos, Diputaciones o cualesquiera otras Corporaciones públicas, pero lo cierto es que la Ley, en consonancia con lo establecido en el artículo 4º de la Constitución, aunque sin unas contrastadas razones de política criminal, ha circunscrito la ampliación a las banderas autonómicas, si bien, como se desprende indirectamente del apartado 3º. de este artículo 10, los ultrajes a las mismas se castigan con pena inferior a la prevista para los dirigidos a la bandera de España.

Lo dicho —respecto de las ofensas y de las banderas autonómicas— se deduce de los dos primeros apartados en cuestión, si bien con una redacción redundante y enfática, criticable por su imprecisión. Hubiera bastado un apartado redactado con más precisión. Como indicativo de la imprecisión valgan algunos botones de muestra:

a) ¿Cuáles son las leyes a que se remite el apartado primero para el castigo de los ultrajes y ofensas a las banderas de España y autonómicas? Que yo sepa tan sólo el artículo 123 del Código Penal y el 316 del de Justicia Militar, de modo que si estos son citados en el apartado siguiente, para qué hacer alusión tan vaga.

b) ¿En qué ley o leyes están castigados los ultrajes y ofensas a las banderas autonómicas? En ninguna anterior a la Ley 39/81 y, por la

vaguedad del apartado 2º de su artículo 10, oscuramente en esta, pues, diciéndose tan sólo que “las infracciones de lo previsto en esta ley se considerarán incursas en lo establecido en el artículo 123...”, se crea un presupuesto etéreo: ¿cuáles son estas infracciones?; ¿es ultraje a la Nación española o a su bandera el infringir la ley 39/81?; y, conteniendo el artículo 5º como regla la de que se utilice conjuntamente la bandera de España con la autonómica, ¿no cabrá únicamente el ultraje a esta última en caso de un ondear conjunto? La “ratio legis” —crear el nuevo tipo penal antedicho— puede comprenderse, pero habrá que convenir que esto se hace de forma un tanto rocambolesca y nada perfilada.

c) Aparte del artículo 316 del Código de Justicia Militar ¿cuáles son los concordantes del artículo 123 del Código Penal? No los conozco.

d) El “sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran proceder” ¿quiere decir que son acumulativas a las penales?. El tenor literal, unido a la tajante prescripción del artículo 9º —“Las autoridades corregirán en el acto las infracciones de esta ley, restableciendo la legalidad que haya sido conculcada” (¿de plano? ¿sin audiencia siquiera del corregido?) —así lo dan a entender, con lo que se conculcaría el principio “ne bis in idem” —por cierto, inducido de nuestra Constitución por el Tribunal Constitucional en sentencia dictada, en recurso de amparo 90/80, el día 30 de enero de 1981, R. A. 2-. Habrá que esperar a que se publiquen las disposiciones que dicte el Gobierno conforme a las facultades que le concede adicional de la ley en cuestión, para saber a qué atenernos.

En suma, hubiera bastado con arbitrar, en un sólo apartado, alguna fórmula como: “los ultrajes a las banderas oficiales de las comunidades autónomas serán castigados con la pena de...”.

No mejor impresión me suscita el apartado 3º, en el que se da entrada a una pseudopublicidad o publicidad impropia, con el único motivo, pienso, de otorgar distinto trato penal al ultraje de la bandera nacional y al dirigido a una enseña autonómica, de tal suerte que la ofensa a la bandera de España siempre se castigue con prisión mayor. Al respecto me limito a constatar:

1º.- La asimilación a la publicidad de lo que no es tal circunstancia, que ya de por sí planteaba el problema de si iba referida al artículo 463 o al número 4º del artículo 10 del Código Penal.

2º. No se logra tal propósito si la verdadera publicidad concurre en el ultraje a una bandera autonómica, pues ello daría lugar ya al tipo

agravado del artículo 123 del Código Penal.

3º. Que, a la inversa, de concurrir la agravante de publicidad en el ultraje a la bandera nacional, se esfuma la agravación específica.

4º Que ni siquiera intuyo unas razones de política criminal que abonen ahora la mayor dureza adoptada por el legislador. Parece que se ha acudido a un mero expediente técnico para diferenciar penalidades según sea el objeto de protección sin que hubiera motivo para el endurecimiento punitivo que supone el apartado 3. Me parece muy grave. La vituperada Ley de Jurisdicciones creo era más acertada en la equiparación penal, o ¿es que no se incriminan los comportamientos ofensivos a las banderas de las Comunidades autonómicas porque con ellas se ataca también a la integridad de la Patria?

5º. Se acentúa al máximo la disonancia de la que antes he dejado constancia que existía con el artículo 316 del Código de Justicia Militar, del que ahora se puede aseverar, sin duda alguna, se trata de un anómalo tipo atenuado.

Por lo que hace al farragoso apartado cuarto que cierra el artículo 10º, y para no caer en tal calificación, sólo destacar su imprecisión y su discutible necesidad.

Imprecisión porque, dando por supuesta la responsabilidad de “los autores de las infracciones de lo dispuesto en esta ley”, ¿a qué título es la incriminación que después se hace? ¿complicidad? ¿encubrimiento? La intención, mal expresada, adivino que es la de establecer una presunción “iuris et iure” de ultraje a la bandera nacional —no a las autonómicas al no mencionarse en los artículos 123 del Código Penal y 326 del Código de Justicia Militar—.

Discutible necesidad pues estas conductas, a las que se pretende extender la incriminación, integrarían un delito de atentado o de desacato. Además mencionándose sólo el requerimiento de la autoridad gubernativa, ¿se pretende dejar impunes las desobediencias a los agentes de tal autoridad?

Debo concluir que todas las vaguedades, oscuridades e imprecisiones planteadas me permiten afirmar que este artículo es, por ellas, atentatorio al principio de legalidad, que ha sido obviado, también, formalmente por cuanto, al tratarse de la creación de una figura penal a la que se asocia pena privativa de libertad y de la agravación de la preexistente, el artículo 81.1 de la Constitución exigía que ello se hiciera en Ley Orgánica, cualificación que no tiene la Ley 39/1981.

Por otra parte, si a lo que se acaba de decir se añade la extravagancia de esta ley, tampoco parece aventurado señalar que la innovación ha estado por completo desconectada de la reforma penal emprendida en los últimos años —y a la que, ya de por sí, no veo caracterizada por una clara congruencia—.

¿Por qué no se ha protegido penalmente a las Comunidades autónomas?; y de sus símbolos y emblemas ¿por qué únicamente a las banderas? La Ley 33/1981, de 5 de octubre, y el Decreto 2964/1981, de 18 de diciembre, se han limitado a una descripción en términos heráldicos del escudo de España, con un contenido puramente topográfico y sin apuntar siquiera sanción alguna.

Cierro aquí este breve apunte, de rápida concepción y escrito a vuelapluma, pero revelador de mi interés por el tema, esperando desarrollarlo en el seminario que, sobre el mismo, va a celebrarse dentro de las actividades del Departamento de Derecho Penal de esta Facultad.