

CUESTIONES SIMBOLICAS Y CONSTITUCION ESPAÑOLA (*)

Por CESAREO R. AGUILERA DE PRAT
y JAUME VERNET LLOBET

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ACATAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN: 1. *La posibilidad de exigir el acatamiento formal.* 2. *Evolución de la jurisprudencia.* 3. *El acatamiento «por imperativo legal».*—III. LA PROTECCIÓN DE LAS BANDERAS: 1. *Algunas consideraciones previas.* 2. *El debate constituyente.* 3. *Legislación aplicable.* 4. *Posición jurisprudencial.*—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

Si, en general, el rigorismo formalista no suele ser una fórmula adecuada para regular jurídicamente cualquier actividad, menos aún cuando hay que ocuparse de cuestiones que tienen una profunda carga simbólica emocional. La introducción en el ordenamiento español vigente de rígidas disposiciones normativas para garantizar el *acatamiento* constitucional de los representantes populares elegidos por los ciudadanos y el respeto a las banderas oficiales responde a la lógica más preocupada por penalizar las conductas que se *desvíen* de esas exigencias que no de normalizar y desdramatizar todo aquello relacionado con los formalismos del Estado.

La aplicación de los reglamentos parlamentarios y episodios relacionados con los «ultrajes» a las banderas han mostrado los problemas prácticos que

(*) Este artículo ha sido escrito a petición del profesor Garard J. Clark, de la Suffolk University Law School (Boston), con el propósito de su publicación en la revista de Derecho internacional de dicha Universidad. Aunque es el resultado de un trabajo conjunto, la redacción del segundo epígrafe es de C. R. Aguilera, y la del tercero, de J. Vernet.

se derivan de tal concepción. Los conflictos que se analizan en este estudio prueban que bajo la apariencia de cuestiones técnico-jurídicas se esconden ciertos problemas políticos. Probablemente el legislador ha optado por establecer normas muy poco flexibles en esta materia por la carga que históricamente ha tenido, lo que no deja de ser un planteamiento poco innovador y discutible.

Por una parte cabe recordar la deficiente construcción histórica del Estado liberal representativo y la consiguiente superficialidad constitucional en la España contemporánea, factor que contribuyó poderosamente al desarrollo de los nacionalismos *periféricos*, catalán y vasco sobre todo, y, por otra, la permanente reivindicación de «refundar» sobre otras bases el sistema político. La tradicional negación oficial de la plurinacionalidad interna y la imposición de un único nacionalismo de cuño castellano explican la mitificación de las cuestiones simbólicas relacionadas con cierta idea de España. Por lo demás, la usual unión de democracia y autonomía prueba que la expansión de los derechos y las libertades ha requerido paralelamente la distribución territorial del poder.

Durante el período constituyente de 1977-78, en aras del consenso, las izquierdas y la mayoría de los nacionalismos *periféricos* aceptaron los símbolos tradicionales del Estado, plasmando un difícil e importante acuerdo político sustancial. Sin embargo, no por casualidad, las normas que introdujeron el requisito del acatamiento constitucional formal de los representantes populares y la rígida regulación de las banderas oficiales se aprobaron tras el frustrado golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, que ocasionó los restrictivos pactos autonómicos entre UCD y el PSOE.

La obsesión por el juramento o promesa de acatamiento constitucional tiene, pues, causas históricas y políticas. Hasta cierto punto se comprende la preocupación por preservar el máximo fruto de la transición —la Constitución—, pero su absolutización dogmática puede ser contraproducente. Por su parte, la desmesurada protección penal otorgada a las banderas responde, en buena medida, el peso inercial de la tradición unitarista centralizadora. Por ejemplo, no deja de ser abusiva e impropia la asimilación de la expresión «Estado» con el poder central: en pura lógica, en un Estado de Autonomías no se entiende por qué ciertas instituciones públicas pueden prescindir de las enseñas autonómicas y sólo están obligadas a usar la bandera española.

II. EL ACATAMIENTO DE LA CONSTITUCION

1. *La posibilidad de exigir el acatamiento formal*

No deja de ser sorprendente que la resolución definitiva de todos los aspectos relacionados con la exigencia de los reglamentos parlamentarios de «acatamiento» expreso de la Constitución haya requerido nada menos que cinco sentencias del Tribunal Constitucional (TC) entre 1983 y 1991. En efecto, la Constitución se limita a señalar que la validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras, tras la proclamación de los diputados y senadores por parte de la administración electoral, corresponde verificarla exclusivamente a los Tribunales ordinarios (art. 70.2). Es decir, la Constitución no prevé el requisito de un acto ritual formal expreso de «acatamiento» (1). ¿Cuándo se adquiere, pues, la condición de parlamentario a tenor de las previsiones constitucionales? Indirectamente, de acuerdo con una interpretación teleológica que considere las referencias explícitas de la Constitución a la *finalización* del mandato (arts. 68.4, 69.5 y 78), cabría pensar que desde el momento mismo de la elección. En todo caso, ante el vacío de la Constitución hay que estar a lo dispuesto por los reglamentos parlamentarios (2).

En su día, los Reglamentos provisionales de 1977 no establecieron tal obligación, bastando la proclamación electoral oficial y la declaración de bienes patrimoniales y actividades económicas para confirmar el pleno *status* de parlamentario (arts. 1.1, 13.1 y 2, y 19.4 del Reglamento provisional del Congreso de los Diputados de 17 de octubre de 1977, y arts. 1, 4.1 y 2, 24.1 y 38.4 del Reglamento provisional del Senado de 18 de octubre del mismo año). Durante los debates de los reglamentos definitivos hubo consenso político mayoritario sobre la necesidad de introducir un acto explícito para intentar impedir que los grupos radicales *antisistema* pudieran beneficiarse de las prerrogativas parlamentarias sin comprometerse con la asunción del ordenamiento.

Se llegó incluso a proponer *privar* de la condición de parlamentario a que no se sometiese a cualquiera de los requisitos reglamentarios, lo que hubiera sido inconstitucional, ya que todo candidato electoral que obtenga representación adquiere automáticamente la condición de parlamentario

(1) J. SOLÉ TURA/M. A. APARICIO: *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 52 y 64.

(2) N. PÉREZ SERRANO: *De las Cortes Generales. Comentario introductorio al capítulo I del título III*, en O. ALZAGA (ed.): *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, t. VI, arts. 68 a 80, Madrid, Edersa, 1989, págs. 44-45.

(arts. 68.1 y 69.2 de la Constitución). En la redacción final tan sólo se ha mantenido la situación de *suspensión* de derechos del representante popular elegido mientras no cumplimente los requisitos formales exigidos. Se crea así una extraña figura: la del parlamentario proclamado electo, pero que no puede ejercer como tal. Por tanto, para gozar de la «condición plena» no basta la mera elección, ya que es preciso cumplir todos los trámites formales insoslayables que exige cada Cámara para «perfeccionar» el cargo. En todo caso, los debates sobre los nuevos reglamentos no aclararon el alcance de la distinción entre el parlamentario «elegido» y el que disfruta de la «condición plena» de tal *a posteriori* (3).

Así, pues, los reglamentos definitivos de las Cámaras han establecido que para la «plena» adquisición de la condición de parlamentario cada representante popular elegido debe someterse a tres requisitos: 1) presentación de la credencial de la administración electoral ante la Cámara correspondiente; 2) declaración de cargos públicos y actividades profesionales para evitar incompatibilidades, y 3) efectuar juramento o promesa solemne de *acatamiento* de la Constitución en una de las tres primeras sesiones plenarias (4). Al iniciarse la II Legislatura en 1982 los dos diputados de HB recurrieron en amparo ante el TC, considerando que el reglamento parlamentario vulneraba el artículo 23.2 de la Constitución al no respetar el acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, vulnerar materialmente el derecho de participación, puesto que tal requisito no figura en la norma fundamental, y, por último, contrariar la necesaria identificación entre los representantes y sus electores, afectando, además, a la libertad ideológica (art. 16.1 de la Constitución).

El TC (Sentencia 101/1983, de 18 de noviembre) recordó el principio general de sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución

(3) Situación provisional que se da en todos los parlamentarios entre la elección y el cumplimiento de los requisitos reglamentarios, gozando provisionalmente de todas las prerrogativas inherentes al cargo hasta la confirmación, ya que en este caso, de no hacerlo, las pierden. Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 25, de 20 de mayo de 1981, págs. 1171-1215. Asimismo, J. GARCÍA MORILLO: *La estructura de las Cortes Generales*, en L. LÓPEZ GUERRA: *Derecho Constitucional*, vol. II, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1992, págs. 75-76.

(4) Artículo 20.1 y 2 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982; artículos 12.1 y 15 a 17 del Reglamento del Senado de 26 de mayo de 1982. Por su parte, el artículo 11 de este último, a diferencia del Congreso, regula minuciosamente el acto y la fórmula concreta de «acatamiento». Sobre el juramento o promesa como no adhesión ideológica, véase J. CAZORLA PÉREZ/A. RUIZ ROBLEDO: *El funcionamiento de las instituciones*, en R. COTARELO (ed.): *Transición política y consolidación democrática. España (1975-1986)*, Madrid, CIS, 1992, págs. 350-351.

(art. 9.1), señalando que tal obligación ha de ser más intensa («positiva») para los titulares de estos últimos. A continuación precisó que el «acatamiento» debe entenderse como una manifestación pública de *respeto* hacia las reglas y cauces del juego político pluralista, pero no necesariamente como *adhesión* ideológica o conformidad a todo el contenido de la Constitución. Es decir, se trata de un compromiso de actuar a través de los procedimientos legales, siendo perfectamente posible discrepar de los contenidos *materiales* de la Constitución, ya que se puede no compartir sus valores finales, pero es indispensable someterse a sus procedimientos y medios: «También se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación total por el cauce establecido en los artículos 166 y siguientes de la Norma fundamental» (Fundamento Jurídico [FJ] 3.º). El acatamiento así entendido es un deber *inherente* a todo cargo público, que se presupone con independencia de que se exteriorice o no en un acto formal explícito, que, en todo caso, será discrecional del legislador.

Sobre el problema formal de si el reglamento parlamentario es o no la norma idónea (al no ser una ley *strictu sensu*) para introducir tal obligación, el TC rehúye la cuestión de fondo afirmando que éste no habría innovado, sino limitado a *formalizar* un deber genérico de acatamiento que estaría *implícito* en el «espíritu» de la Constitución, es decir, deducible de acuerdo con una interpretación teleológica (FJ 3.ºA) (5). Es cierto que ésta no prohíbe la exigencia de tal *plus* de obligación, pero su silencio ha obligado al TC a forzar la interpretación: para «salvar» la disposición reglamentaria la sentencia entiende que ésta *no creó* tal obligación —que estaría «difusa» en la Constitución—, sino que tan sólo se habría limitado a formalizarla. Por tanto, se reconoce que las Cámaras tienen derecho a fijar las condiciones para ser miembro de las mismas, siempre que no se vulneren derechos fundamentales. El TC rechaza que este requisito haya podido lesionar el derecho de participación política, ya que, en cualquier caso, la Constitución ha de ser siempre respetada.

En favor de la tesis reglamentaria expansiva se señala que el órgano (la Cámara) está facultado para fijar las condiciones que hacen posible actuar en su seno reservándose la última palabra al respecto. Sin embargo, precisamente el problema no bien resuelto en este caso es el de la articulación entre el

(5) Para el controvertido debate sobre la naturaleza jurídica del reglamento parlamentario, véase, por todos, F. SANTAOLALLA LÓPEZ: *Derecho parlamentario español*, Madrid, Ed. Nacional, 1984, págs. 22 y sigs. Para el análisis de la posición del TC, véase M. A. APARICIO: «El acatamiento a la Constitución, requisito de la condición plena del parlamentario. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de noviembre y 16 de diciembre de 1983», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1985, pág. 180.

deber general de acatamiento y su manifestación formal. La solución jurídica ha tenido que aplicar la teoría del órgano: el electorado ejerce sus funciones no al designar a sus representantes, sino tan sólo al votar. Las Cámaras —que existen siempre como órganos públicos— cambian de composición política tras cada elección, pero con independencia del «órgano» que es el electorado. De acuerdo con esta separación *orgánica* entre electorado y elegidos, la condición de parlamentario no se adquiere completamente (jurídicamente no se «perfecciona») hasta la *integración* formal en el órgano colegiado (la Cámara correspondiente), decisión que innova la propia tradición parlamentaria española y es inusual en Derecho comparado (6).

Finalmente, el TC rechaza el argumento de los recurrentes de que tal obligación atenta contra la voluntad de los electores de HB, cuyos representantes serían —desde este punto de vista— simples portavoces delegados. Este criterio introduce el mandato imperativo, expresamente prohibido por la Constitución (art. 67.2), y además ignora que las leyes tienen un alcance *general* e igual con independencia de la opinión minoritaria, aunque sin merma del pluralismo ideológico y político (FJ 3.ºB, 4.º y 5.º) (7).

El principal problema de la interpretación del TC es que la teoría del órgano utilizada afecta al principio representativo, ya que la elección popular pierde significado, atribuyéndose la decisión final interna a la Cámara. Por una parte, este criterio ignora la mediación partidista real entre los ciudadanos y las instituciones representativas, y por otra, no subraya en este caso que la permanencia de los representantes en su cargo depende, en definitiva, de la voluntad electoral (8). Naturalmente, en la decisión del TC pesaron elementos de oportunidad política e intereses consitutucionales que debían ser preservados (9). El trasfondo está representado por la actitud rigorista y formalista que impusieron los legisladores con objeto de poner en evidencia a una formación antisistema como HB. En otras palabras: la exigencia del «acatamiento» formal se introdujo para intentar resolver, con muy discutible criterio político y jurídico, la anómala y abusiva situación de ese grupo, ya que sus

(6) J. SOLÉ TURA/M. A. APARICIO: *Las Cortes Generales...*, cit., págs. 55-59.

(7) E. ALVAREZ CONDE: *El régimen político español*, Madrid, Tecnos, pág. 304.

(8) El propio TC, por lo demás, así lo reconocería en su conocida sentencia sobre los concejales y la Ley de Elecciones Locales de 1978 (STC 5/1983, de 4 de febrero). Véase también M. A. APARICIO: «El acatamiento a la Constitución...», cit., pág. 173.

(9) Véase E. COBREROS MENDAZONA: *El «status» parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución*, en S. MARTÍN-RETORTILLO (ed.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, t. III: *La Corona. La Cortes Generales. Del Gobierno y de la Administración pública*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 2139 y 2140.

representantes ni ejercen el cargo ni cumplen con los deberes inherentes al mismo, gozando de las prerrogativas legales (inmunidad procesal) y económicas (asignación) que conlleva.

Sin embargo, la cuestión de no favorecer políticamente a HB se resolvió mal, desbordando el ámbito jurídico. Por una parte, se le otorga una importancia desorbitada a cuestiones simbólicas que obsesionan a cierta «clase política», y por otra, tal fórmula es incluso poco útil, pues un parlamentario puede acatar formalmente y después incumplir manifiestamente con sus obligaciones (10). La fórmula puede afectar a la soberanía popular al penalizarse más determinadas *posiciones* políticas que *conductas* de los parlamentarios y produce efectos contrarios a los deseados, siendo de difícil justificación, salvo que se acepte un acatamiento *ficticio*, resultando entonces peor el remedio que la enfermedad (11).

De un lado, es notoria la irrelevancia práctica *a posteriori* de dicho acto, y de otro, el episodio prolongó una tensión política que fue instrumentalizada por HB. En otras palabras: la mayoría parlamentaria se dejó «provocar» erróneamente por el desafío simbólico de este grupo, cuyo único objetivo es deslegitimar al sistema utilizando todos los resortes a su alcance, y además le dio argumentos «victimistas». Por tanto, más lógico y menos costoso política y jurídicamente que exigir tal acatamiento formal hubiera sido simplemente exigir la presencia activa y continuada del parlamentario, imponiéndole sanciones internas por no cumplir con los deberes inherentes al cargo. Los efectos prácticos hubieran sido los mismos y el procedimiento mucho más sencillo y menos polémico. Por lo demás, la ineficacia de la fórmula ha quedado patente tras la nueva maniobra de HB al aceptar someterse a ese requisito y seguir boicoteando la actividad parlamentaria, lo que ha obligado a las mesas de las Cámaras a sancionar económicamente a este grupo al inicio de cada período de sesiones (12).

2. Evolución de la jurisprudencia

El TC tuvo ocasión de pronunciarse en otros dos casos sobre la cuestión formal analizada: se trata de sendos recursos de unos diputados del Parlamento

(10) Sobre la sacralización en general de los símbolos, véase M. GARCÍA-PELAYO: *Mitos y símbolos políticos*, Madrid, Taurus, 1964, pág. 200. Para la ineficacia práctica de tal requisito véase E. ALVAREZ CONDE: *El régimen político español*, cit., pág. 306.

(11) M. A. APARICIO: «El acatamiento a la Constitución...», cit., pág. 199. Asimismo, J. M. MORALES ARROYO: «La determinación del período de vigencia del estatuto de diputados y senadores», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 19, primer cuatrimestre 1990, págs. 63 y 74.

(12) J. M. MORALES ARROYO: «La determinación del período...», cit., págs. 54 y 60-61.

autonómico gallego pertenecientes a una minoría nacionalista radical (el *Bloque Nacional Popular Galego*) y unos concejales municipales comunistas.

En el primer caso, el Reglamento parlamentario gallego *añadió* no sólo el deber de acatamiento a la Constitución y al Estatuto de Autonomía, sino, además, la obligación de «guardar fidelidad» a tales normas. El TC recordó principios tales como la sujeción general a la Constitución y el deber positivo de obrar con arreglo a la misma para los titulares de los poderes públicos (STC 122/1983, de 16 de diciembre, FJ 4.ºA). Los recurrentes consideraron que la exigencia de «fidelidad» suponía adhesión *ideológica* al *contenido* de la Constitución y del Estatuto. Sin embargo, el TC señala que esta interpretación *no* es la única posible, ya que la fidelidad «puede entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y del orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales» (FJ 5.º).

La «fidelidad» así entendida *no* prohíbe perseguir ideales políticos diferentes a los encarnados por la Constitución y el Estatuto, siempre que se proclame públicamente el compromiso de actuar *dentro* de sus cauces. El TC *asimila*, pues, «fidelidad» a «acatamiento» para evitar la inconstitucionalidad de este nuevo requisito si supusiera identificación obligatoria con determinados contenidos. En suma, en caso de colisión de interpretaciones, el TC recuerda que siempre debe predominar la que más se ajuste al «espíritu» de la Constitución (FJ 6.º).

En el segundo caso (STC 8/1985, de 25 de enero) el recurso tuvo su origen en el hecho de que dos concejales comunistas de Aranda de Duero (Burgos) utilizaron una fórmula de toma de posesión distinta a la prevista por el Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, para los cargos municipales. Constituido el Consistorio, fue elegida alcaldesa la candidata del PSOE con el apoyo de los comunistas. Sin embargo, los concejales conservadores entendieron que tal votación no era válida por la defectuosa toma de posesión de los comunistas. Tras los recursos correspondientes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos *anuló* el acceso al cargo de los concejales comunistas, convocándose un nuevo pleno municipal para que utilizaran la fórmula oficial. Estos la acataron, aunque manifestando su discrepancia, y a continuación resultó elegido nuevo alcalde el candidato de la coalición conservadora.

El TC entiende que la primera fórmula usada por los concejales comunistas era admisible, pero que ya no era anulable la elección del nuevo alcalde, puesto que aquéllos aceptaron someterse a la oficial: el Ayuntamiento es libre para revisar sus decisiones y, aunque la inicial elección de alcalde fue válida,

decidió autónomamente hacer una segunda votación interna, asimismo posible (FJ 5.º).

La nueva Ley Electoral reiteró, por cierto, el error de exigir el formalismo ritual del «acatamiento» para cualquier cargo representativo, aunque sin pre-determinar una fórmula específica única para tal acto (13).

3. *El acatamiento «por imperativo legal»*

Al iniciarse la IV Legislatura, en noviembre de 1989, HB cambió de táctica, forzando una nueva intervención del TC. En esta ocasión tal grupo aceptó someterse al trámite del acatamiento, pero, en el momento de expresarlo, sus tres diputados añadieron la expresión «por imperativo legal». El presidente del Congreso entendió que ello invalidaba y desvirtuaba el trámite, negándose a «perfeccionar» la condición de parlamentarios de los diputados de HB y expulsándolos de la Cámara.

Ante el recurso de amparo de éstos, el TC señaló que era preciso buscar un punto *intermedio* entre «un entendimiento exageradamente ritualista de esa obligación» y «la posibilidad de prescindir en absoluto de cuanto de ritual ha de haber siempre en toda afirmación solemne» (STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 4.º).

Para el TC la expresión añadida no tiene formalmente valor condicionante ni limitativo, pues es evidente que todos deben acatar la Constitución, de hecho, «por imperativo legal» (la predisposición o no de la conciencia personal de cada parlamentario es jurídicamente indiferente), tratándose, pues, de una mera redundancia semántica. Naturalmente, no puede ignorarse el *significado político* manipulador que HB atribuye a tal añadido, es decir, su reserva ante la Constitución: la «acatan» porque no tienen más remedio, no como resultado de una decisión espontánea. Sin embargo, el TC no puede hacer juicios de *intenciones*, teniéndose que limitar a los aspectos jurídicos. En este sentido, la decisión del presidente del Congreso es lesiva para el derecho de los recurrentes a acceder a la condición plena de diputados porque incluye una prohibición que no figura en las leyes, ya que el reglamento parlamentario no prescribe fórmula alguna de acatamiento. Además, no tiene sentido que a los diputados de HB se les exija tan sólo *una* determinada que no se le pidió expresamente a los demás parlamentarios.

El TC, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, señala que los requisitos para el acceso a los escaños parlamentarios

(13) Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, art. 108.6. Véase M. A. APARICIO: «El acatamiento a la Constitución...», cit., pág. 171.

«no deben contrariar la libre expresión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo» y que «las leyes deben ser interpretadas siempre de manera que se maximalice, en lo posible, la eficacia de los derechos fundamentales». En otras palabras: el mandato de cada parlamentario es producto de la voluntad de los electores y, por tanto, resulta lícito contraer ante éstos «el compromiso de afirmar públicamente que sólo por imperativo legal acatan la Constitución»; de ahí que «la fidelidad a este compromiso político [...] no puede ser desconocida ni obstaculizada» (FJ 7.º).

El contundente razonamiento central del TC es éste: «El requisito del juramento o promesa es una supervivencia de otros momentos culturales y de otros sistemas jurídicos a los que era inherente el empleo de ritos o fórmulas verbales ritualizadas como fuentes de creación de deberes jurídicos y de compromisos sobrenaturales. En un Estado democrático que relativiza las creencias y protege la libertad ideológica; que entroniza como uno de sus valores superiores el pluralismo político; que impone el respeto a los representantes elegidos por sufragio universal en cuanto poderes emanados de la voluntad popular, no resulta congruente una interpretación de la obligación de prestar acatamiento a la Constitución que antepone un formalismo rígido a toda otra consideración, porque de ese modo se violenta la misma Constitución de cuyo acatamiento se trata, se olvida el mayor valor de los derechos fundamentales [...] y se hace prevalecer una interpretación de la Constitución excluyente frente a otra integradora» (FJ 7.º) (14).

Por su parte, el presidente del Senado cometió el lamentable error político de rechazar tal añadido de los dos senadores de HB, de acuerdo con un criterio hiperformalista: a diferencia del Reglamento del Congreso, que no predetermina fórmula alguna de acatamiento, el de la Cámara Alta sí precisa *una* concreta («sí juro» o «sí prometo»). Es cierto que los parlamentarios de HB pretenden «distinguirse» de todos los demás, pero la rígida respuesta oficial fue doblemente absurda: tras la STC sobre el Congreso era inútil reiterar la oposición al añadido «por imperativo legal» y además era hacerle propaganda gratuita a HB.

El TC se vio obligado a indicar que, aunque el legislador concrete la fórmula de acatamiento, es siempre posible la existencia de un cierto margen de apreciación para verificar si éste se ha producido o no efectivamente (STC 74/1991, de 8 de abril, FJ 4.º). Además, los formalismos no pueden conver-

(14) Sobre el juramento como elemento ritual atávico, véase R. RUIZ LAPEÑA: *El juramento de los parlamentarios*, en *De la jurisprudencia del TC*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1985, pág. 378. Véase, asimismo, sobre estas cuestiones, F. FERNÁNDEZ-SEGADO: *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, págs. 588-591.

tirse en obstáculos para la realización de valores constitucionales superiores, ya que la rigidez reglamentaria no se compagina bien con el sistema democrático, en el que la libertad de expresión, el pluralismo político y el libre sufragio deben prevalecer. A juicio del TC, «la naturaleza misma de la función representativa, con un evidente substrato democrático producto de las elecciones, refuerza la idea de interpretación flexible de los requisitos formales, haciendo prevalecer, pues, los derechos de participación y representación sobre una exigencia formalista o rigorista de los requisitos que no guarde proporción alguna con la finalidad perseguida al establecerlos» (FJ 5.º).

Los senadores de HB han acatado la Constitución, aunque hayan añadido que lo hacen «por imperativo legal», y esto es lo fundamental. Elevar la fórmula estricta a su exacto tenor literal para darle validez puede desvirtuar la representación democrática y la libertad ideológica, no siendo congruente con el fin último de la Constitución, que, en este sentido, es el de *integrar* en su seno a la disidencia ideológica no violenta. La fórmula de HB no tiene relevancia jurídica suficiente para vaciar de contenido el acto; de ahí la concesión del amparo (FJ 6.º). En definitiva, si, de entrada, en el Senado las consecuencias del «no perfeccionamiento» de la condición plena de parlamentario son mucho menos graves para el afectado que en el Congreso (pierde los derechos económicos, pero no la inmunidad, art. 12.2 del Reglamento del Senado), todavía se entiende menos la ausencia de sentido común de su Presidencia. Es evidente la intención de HB (el uso «táctico» de las instituciones democráticas para «desenmascarar» y desestabilizar al régimen constitucional), pero darle tal trascendencia ordenancista a su añadido fue una doble imprudencia: la derrota jurídica estaba anunciada y sirvió de pretexto para un nuevo escándalo de HB, ya que este grupo criticó los «agravios» del Estado y la supuesta «criminalización» de su opción.

III. LA PROTECCION DE LAS BANDERAS

1. *Algunas consideraciones previas*

La bandera constituye, por tradición, uno de los elementos más significativos del Estado español. Especialmente durante el régimen franquista, la bandera simbolizó, junto con el himno, el escudo y el reconocimiento de un solo idioma, la unidad del Estado autoritario. La transición política y la aprobación de una Constitución democrática alteraron la simbología unitaria para ampliarla con otras enseñas y otras lenguas que el régimen dictatorial no pudo hacer olvidar. No obstante, la inercia del régimen anterior y la falta

de una verdadera ruptura con dicho pasado inmediato ha llevado a una sobrevaloración de los símbolos. Por diversas razones, la bandera constitucional fue contestada en los años de la transición democrática. Por un lado, la bandera de España actual se percibe, por algunos sectores, con reticencia porque recuerda demasiado el régimen del general Franco, en tanto que los colores de la misma coinciden con los colores, posición y dimensiones de la bandera de la dictadura. La única diferencia visible estriba en el escudo, que no es un elemento esencial de la bandera, sino circunstancial y complementario. Los socialistas, ahora en el poder central, enarbolaron, hasta el mismo proceso constituyente, la bandera republicana como bandera democrática para ignorar de este modo parte de la simbología perteneciente al paréntesis franquista. Además, los sectores más reaccionarios y ultraderechistas, afines al régimen dictatorial, hacían uso y abuso de la bandera franquista. Por otro lado, para los nacionalismos periféricos (catalán, vasco y gallego) existen otras banderas tradicionales con mayor arraigo. Así, aun después de la aprobación de la Constitución, la bandera roja-amarilla-roja siguió siendo contestada por determinados sectores de la población, de entre los cuales, algunos elementos más radicalizados llegaron, en ocasiones, a quemar banderas o simulaciones con los colores que establece el artículo 4 de la Constitución vigente de 1978. Incluso actualmente diversos ayuntamientos y numerosas entidades vascas y catalanas evitan conscientemente el uso de la bandera española vigente. En Cataluña, la bandera festiva no es la española, como quedó bien patente con la celebración de los juegos olímpicos de 1992.

2. *El debate constituyente*

La discusión del finalmente artículo 4 de la Constitución no fue especialmente apasionante. La redacción de dicho precepto fue desde el inicio prácticamente la misma. El artículo 4 de la Constitución dice textualmente: «1. La bandera de España está formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas. 2. Los Estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas. Estas se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales.» Los cambios introducidos en el proyecto de Constitución no fueron sustanciales, puesto que eran cuestiones puramente nominales: en vez del color gualdo se aprobó color amarillo, que es sinónimo menos arcaizante de aquél (15), y en vez de territorios autónomos

(15) Incluso se ironizó con la posibilidad de denominar los colores de la bandera de España como «gules, gualda, gules». Véase la intervención del senador Manuel Arregui en la sesión de la Comisión Constitucional del Senado de 22 de agosto de 1978.

se utilizó la expresión de Comunidades Autónomas, que figura a lo largo del texto constitucional finalmente aprobado. Con todo, se presentaron algunas enmiendas de cierta entidad, que casi no provocaron polémica en aras del consenso que caracterizó el proceso constituyente español. Algunos de los parlamentarios que presentaron estas enmiendas fueron los que votaron en contra del texto constitucional o se abstuvieron, lo que demuestra, en parte, el valor simbólico nada despreciable de este precepto. Las enmiendas iban destinadas a reforzar la preeminencia de la bandera española frente a las autonómicas o pretendían relativizar la importancia de un artículo como el propuesto. Así, para unos era necesario destacar que la bandera de España debía estar presente en todos los actos públicos, y no solamente los oficiales, que debía ser de mayor tamaño que las banderas autonómicas, que se le debía reservar un espacio preferente, que no se podía excluir el uso de la bandera española y otras consideraciones de semejante tenor (16). La justificación de estas enmiendas se encontraba, con frecuencia, en la defensa de los valores patrios, en la soberanía y unidad de la nación y en otras argumentaciones parecidas, que entendían se encontraban amenazados por las esporádicas vejaciones de la bandera española y la exposición festiva de algunas banderas de las denominadas nacionalidades históricas. De todas las enmiendas cabe destacar la del senador F. Carazo en la que pretendía añadir que «la exclusión de la bandera nacional constituirá delito». El citado senador defendió su enmienda con sentidas palabras como las siguientes: «La bandera, madre augusta y fecunda, [...]. Desde sus mástiles imbatibles preside las fiestas nacionales y lugareñas; navega los mares, los cielos y los campos. Es abrigo de ternuras para los guerreros desangrados en la batalla, acicate para los valientes y reproche para los cobardes. Sólo Dios es superior a ella. [...] Fue la punta más avanzada en la forja del imperio y el bastión más inexpugnable donde los siglos guardan, incorrupta, la bendita vértebra espinal de la incuestionable unidad de España. [...] Esa bandera es la más soberana razón, el único argumento para la soberanía de un pueblo que quiso y supo ser el genio de la raza» (17). Mientras que para otros se consideraba que un precepto sobre las banderas era innecesario, puesto que no se trataba de una materia de tanta relevancia sobre la que la Constitución debía pronunciarse o que en todo caso, por su escasa trascendencia, no merecía figurar en el título preli-

(16) Así se expresaron los diputados y senadores Licinio de la Fuente y de la Fuente, Laureano López Rodó, Marcial Gamboa Sánchez-Barcaiztegui, Abel Matutes Joan, Manuel Prado y Colón de Carvajal, Manuel Fraga Iribarne y Miguel Herrero de Miñón.

(17) Se trataba de la enmienda núm. 225 y de su defensa ante la Comisión Constitucional del Senado en la sesión del 22 de agosto de 1978.

minar de la Constitución (18). Igualmente, se sostuvo por el senador Ll. M.³ Xirinachs la bandera tricolor republicana (19). La defensa del texto por los ponentes y el parecer mayoritario de las Cámaras se mantuvo rígido ante las enmiendas y las fue sucesivamente rechazando (con las excepciones de detalle y puramente nominales antes citadas). Sin embargo, entre las razones de rechazo figuraba el convencimiento de que la bandera de España merecía un trato preferente y de que dicho trato se entendía suficientemente reconocido por la Constitución, a pesar de que ésta no es explícita al respecto (20).

3. *Legislación aplicable*

Después del intento de golpe de Estado protagonizado por un grupo de militares y de guardias civiles de extrema derecha, se dictó la Ley 39/1981, de 28 de octubre, que regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas. Su artículo 1 dice literalmente: «La bandera de España simboliza la nación; es signo de la soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución.» A continuación se recuerdan los colores constitucionales (21) y se regula el tratamiento preferente o único de la bandera, según los casos, en los organismos oficiales. Así, se establece que la bandera de España «deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal». La bandera española será la única presente en los edificios, acuartelamientos, buques, aeronaves y cualesquiera otros establecimientos militares. El tono imperativo con el que ha sido redactado este precepto ha permitido al Tribunal Supremo entender que se pone de relieve la exigencia legal de que la bandera ondee todos los días y en los lugares citados «como símbolo de que los edificios o establecimientos de las Administraciones públicas del Estado son lugares en donde se ejerce directa o indirectamente la soberanía y en ellos se desarrolla la función pública en toda su amplitud e integridad, sea del orden que fuere, de acuerdo con los valores, principios, derechos y deberes constitucionales que la propia bandera representa, junto con la unidad, independencia y soberanía e integridad del

(18) Véase el tenor de las intervenciones de Francisco Letamendía Belzunce, Iñigo Aguirre Queretxeta y Juan María Bandrés Mofet.

(19) Véase la enmienda núm. 446, del senador Lluís M.³ Xirinachs Damians.

(20) Véase el turno de Modesto Fraile Poujade en la sesión del Congreso del 5 de julio de 1978 en contra de las enmiendas que proponían introducir de forma explícita la preeminencia de la bandera de España.

(21) El Real Decreto 441/1981, de 27 de febrero, especifica técnicamente los colores de la bandera de España.

Estado español». De este modo, el Tribunal interpreta que la bandera debe ondear en los lugares señalados en el artículo 3 de forma general y permanente, por oposición a los artículos 6 y 7, en los que el uso de la bandera tiene carácter excepcional o coyuntural (22).

El artículo 4 preceptúa que en las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de Autonomía reconozcan una bandera propia, ésta se utilizará juntamente a la bandera de España en los edificios públicos civiles del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Dicho tratamiento se amplía también a los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales, sin hacer mención alguna a su ámbito territorial (art. 5), lo que denota la especial sensibilidad que provoca el uso de las banderas y enseñas autonómicas, a las que se pretende encerrar en los territorios autonómicos. En todo caso, la bandera de España ocupará siempre un lugar destacado, visible y de honor, no pudiendo tener un tamaño inferior a las demás banderas utilizadas (art. 6).

El artículo 8 persigue que partidos políticos, sindicatos, asociaciones y entidades privadas no utilicen la bandera española como parte integrante de sus símbolos identificativos, a fin de evitar la apropiación de la bandera por aquéllos, como ha estado sucediendo con los partidos ultraderechistas. Obsérvese que, a pesar de la existencia de partidos nacionalistas o regionalistas, no se extiende este precepto a las banderas autonómicas, quizá porque no se ha hecho un uso abusivo y excluyente por los partidos presentes en las Comunidades históricas.

Finalmente hay que destacar necesariamente lo ordenado en el artículo 10 de la Ley 39/1981 por referirse a las ofensas referidas a las banderas del Estado (la de España y las autonómicas). El artículo 10 dispone: «1. Los ultrajes y ofensa a la bandera de España y a las contempladas en el artículo 4 del presente texto [las autonómicas] se castigarán conforme lo dispuesto en las leyes. 2. Las infracciones de lo previsto en esta Ley se considerarán incurso en lo establecido en los artículo 123 y concordantes del Código Penal y, en su caso, en el artículo 316 del Código de Justicia Militar (23), sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran proceder. 3. Los

(22) Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 14 de abril de 1988 (Sala 5.ª).

(23) El artículo 316 del Código de Justicia Militar ha sido derogado por el artículo 89 del Código Penal Militar, el cual se refiere al ultraje de la bandera cometido por un militar, excluyendo la normativa precedente que penaba a los civiles que ultrajasen la bandera en actos militares. El artículo 89 del CPM dispone que: «1. El militar que ofendiere o ultrajare a la Nación española, su bandera, himno o alguno de sus símbolos y emblemas será castigado con la pena de uno a seis años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo. Cuando el delito fuere cometido con publicidad o cualquier medio de difusión se impondrá la pena de tres a diez años de prisión. 2. [...]»

ultrajes y ofensas a las banderas que se refiere el artículo 3 de esta ley [solamente a la bandera de España] se considerarán siempre como cometidos con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo 123 del Código Penal. 4. Sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran los autores de las infracciones de lo dispuesto en esta Ley, lo establecido en el artículo 123 del Código de Justicia Militar, en los casos de personas y lugares previstos en este último, será asimismo de aplicación a los 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». Dicho artículo ha sido parcialmente declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en sus párrafos segundo y tercero, lo que se comentará con mayor extensión más adelante.

El artículo 123 del Código Penal establece que «los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o a su forma política, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor, y si tuvieren lugar con publicidad, con la de prisión mayor». Este artículo es proveniente de la ley posbélica y franquista de seguridad del Estado, que fue incorporado al Código Penal de 1944, un lustro después de que terminara la sublevación contra la legalidad republicana con el triunfo del general Franco. Se encuentra situado bajo la rúbrica de los delitos de traición, en los que aparece como bien protegido «el honor de la Nación española», su forma política o «el sentimiento de su unidad», así como sus símbolos o emblemas, que son los signos externos que poseen la cualidad de representar aquellas realidades. Se trata de un delito de traición ideal o impropia que pretende salvaguardar la seguridad exterior e interior del Estado. El precepto comprende un tipo básico y otro cualificado cuando los ultrajes tuvieren lugar con publicidad, como suele suceder, con carácter general, con los delitos de injuria y de calumnia. Recuérdese que la Ley de 1981 pretendía crear la ficción según la cual siempre se producía la conducta delictiva con publicidad, aunque estuviera probada su inexistencia, presunción que el Tribunal Constitucional declaró no conforme con la norma fundamental. Las sanciones penales que dispone el artículo 123 son penas especialmente graves, atendiendo al tipo de delito cometido, y esta opinión parece estar compartida por el propio Tribunal Constitucional cuando «se le escapa» que se trata de delitos «que ya están agravados en la regulación del propio Código Penal» (24).

(24) Se utiliza la expresión «se le escapa» porque el Tribunal Constitucional se expresa de pasada, en los términos mencionados anteriormente, en su comentario a la sentencia del Tribunal

En todos estos artículos se detecta una cierta fragancia patrioterica basada en la imposición de unos determinados símbolos a los ciudadanos y a las instituciones, además de unas penas elevadísimas en caso de incumplimiento. Por lo que se puede deducir una falta de amor natural hacia dichos símbolos por parte de la sociedad civil, puesto que en el caso que existiese no sería necesaria ni su imposición ni la sanción penal para los casos de mofa u ofensa.

4. Posición jurisprudencial

La jurisprudencia sobre este tema ha sido más bien escasa si atendemos a las ocasiones en las que el Tribunal Supremo o el Constitucional han debido pronunciarse.

En dos casos se ha planteado ante el Tribunal Supremo la discusión en términos de libertad de expresión (25). En el primero se consideró que la moción presentada por los acusados y concejales de un consistorio municipal de Euskadi, en el sentido de devolver la bandera de España al Ministerio del Interior por «ser su presencia no deseable», no constituía un supuesto de hecho en el que se apreciara un ultraje u ofensa a la bandera española, sino que supuso un «ejercicio indudable del derecho a la libertad de expresión de ideas, creencias o sentimientos», proclamado en el artículo 20 de la Constitución. En cambio, en la segunda sentencia, motivada por la actuación de unos concejales del Ayuntamiento de San Sebastián que descolgaron y escondieron la bandera de España, el Tribunal no apreció el derecho a la libertad de expresión, por considerar que este derecho no deja sin efecto el *animus*

Supremo que realiza en el punto tercero de los antecedentes de la STC 118/1992, de 16 de septiembre, sin volver a tratar dicho tema en los fundamentos jurídicos de la sentencia. El artículo 30 del Código Penal señala la duración de las penas, pudiendo establecerse para la de prisión mayor desde seis años y un día hasta doce años y para la de prisión menor desde seis meses y un día hasta seis años, penas sensiblemente inferiores a las aplicadas a los militares que ultrajen la bandera de acuerdo con el artículo 89 del CPM anteriormente mencionado. Actualmente se está discutiendo la reforma del vigente Código Penal. Dicho proyecto contempla aún un delito de ultrajes a España, el art. 498, fuera de los delitos de traición, en el que se dice: «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 prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses. Si los hechos se realizasen sin publicidad, la pena será de multa de siete a doce meses.» Lo que supone un descenso significativo de las penas, aunque persiste la idea de fondo de penar las ofensas a la bandera representativa del Estado español y a las autonómicas. Se extiende el delito rebajando las penas, pero no se elimina como tal delito.

(25) Véanse las SSTs de 27 de abril de 1989 y 7 de febrero de 1990, las dos de la Sala de lo Penal (Sala 2.ª).

iniuriandi, el cual, a su vez, constituye la base de la conducta antijurídica contemplada en el Código Penal.

Así, la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo tratan este tema comparando el delito de ultraje con el delito de injurias y aplicando al primero la teoría elaborada para el segundo. El Tribunal entiende que la acción que configura el delito es la del ultraje, equivalente a injuria, requiriéndose, como elemento básico de la acción tipificada, el *animus iniuriandi* (26), o sea, el propósito de deshonrar, vejar y menospreciar a los objetos considerados bienes protegidos penalmente. En este sentido, el Tribunal ha considerado como delito de ultraje acciones diversas como las de incendiar, prender fuego, airear para que se quemé, sostener para facilitar la combustión, destruir, arrancar, arrastrar o pisotear la bandera, pero también la de proferir expresiones de palabra o por escrito con el fin de ajar o vituperar abiertamente cualquiera de los objetos protegidos por el artículo 123 del Código Penal. Incluso se han comprendido, por parte del Tribunal Supremo, dentro de la dinámica comisiva del delito situaciones en las que el menosprecio «se produce» de forma implícita u omisiva (27).

El Tribunal Supremo ha entendido igualmente que por bandera no solamente ha de entenderse aquella que con la estructura, dimensiones y colores constitucionales pende de un establecimiento oficial, sino cualquier apariencia de la misma, sea cual sea «el lugar, sitio, emplazamiento, colocación, paraje, ámbito, punto, recinto, local, edificio, zona, etc.» (28), puesto que para el Tribunal parece primar más la representatividad de la bandera que ella misma, y ello a pesar de que las normas sobre el uso de la bandera de España han sido restrictivas en cuanto a su utilización para evitar el uso partidista de la bandera, como ya se ha señalado que se produjo.

Finalmente, respecto a las sentencias del Tribunal Supremo, interesa señalar un uso de expresiones un tanto subjetivas en aras de enfatizar que se trata de un delito contra el sentimiento nacional español. De forma que el Tribunal acostumbra a ser especialmente reiterativo con las palabras Nación, Patria, Soberanía, las cuales tienen una carga sentimental y política difícil de obviar. Además, el Tribunal se ha referido a los procesados con un cierto prejuicio a tenor de la literalidad de una de sus sentencias: «No cabe en buena lógica y hasta por sentido común atribuir a tal acción otro móvil que el voluntario, libre y pérfido propósito que el ofender y menospreciar la bande-

(26) Véanse las SSTs de 31 de octubre de 1980, 6 de diciembre de 1985, 28 de abril de 1989, 3 de noviembre de 1989 y 7 de febrero de 1990 (Sala 2.ª).

(27) STS de 28 de abril de 1989 (Sala 2.ª).

(28) STS de 31 de octubre de 1980 (Sala 2.ª).

ra» (29). E incluso en otra ocasión nos obsequió con las siguientes frases: «Aunque de todos es conocida la reverencia y el culto al amor a la Patria que se tributa a ésta dentro del estamento militar, donde los símbolos de la misma se juran y veneran, prometiendo defender la bandera de España, hasta la última gota de sangre, este sentimiento, que también es compartido por los españoles bien nacidos [...]» (30). De lo que deducimos que tanto el citado delito de ultraje como la interpretación del Tribunal Supremo se encuentran connotados de una determinada imagen de España, muy influida por un régimen basado en el culto a una cierta idea de nación que no se corresponde con la actual concepción de la Constitución, mucho más plural tanto en relación con la pluralidad de nacionalidades y de regiones que conforman el Estado como con respecto al reconocimiento de una larga lista de derechos fundamentales, entre los que destaca, por oposición al régimen anterior, el de la libertad de expresión.

En cambio, el Tribunal Constitucional ha sido menos prolijo y sólo se ha pronunciado en dos sentencias muy recientes: la 118/1992, de 16 de septiembre, y la 119/1992, de 18 de septiembre, en las que declaró inconstitucionales los apartados segundo y tercero del artículo 10 de la Ley 39/1981, antes comentada.

Respecto al tercer párrafo, sobre la presunción de publicidad en la comisión del delito de ultraje, el Tribunal Constitucional tenía ya establecidas, en anteriores sentencias (31), las exigencias derivadas del principio de legalidad penal y de reserva de ley orgánica, de las que se deducía que las conductas y las penas deben estar predeterminadas por ley formal y que ésta debe revestir el carácter de orgánica cuando las normas penales dispongan penas privativas de libertad (arts. 25, 81 y 17 de la Constitución). El Tribunal considera que en el supuesto planteado no se trata de una remisión o integración normativa constitucionalmente válida, sino que impone la aplicación automática del agravamiento de la pena, independientemente de la publicidad real de los hechos que se cometan, con lo que supone una ampliación del tipo agravado incluyendo un supuesto adicional, no contenido en el precepto penal, que debería haber estado regulado por una ley orgánica (32).

Con referencia al segundo párrafo declarado inconstitucional, para el Tribunal el problema no estriba en determinar cuáles son, deben ser o pueden

(29) STS de 31 de octubre de 1980 (Sala 2.ª).

(30) Estos comentarios se emitieron en la larga Sentencia del Tribunal Supremo en el proceso a los golpistas del 23 de febrero de 1981.

(31) Se pueden consultar las Sentencias del Tribunal Constitucional (STC) 25/1984, 140/1986, 160/1986, 122/1987, 3/1988, 29/1989 y 127/1990.

(32) Véase el Fundamento Jurídico 4.º de la STC 118/1992, de 16 de septiembre.

ser los símbolos y emblemas de la Nación o Estado español (33), pues esta cuestión entiende que corresponde a la jurisdicción ordinaria, basándose en el artículo 117.3 de la Constitución (34). Según el Tribunal Constitucional resulta indudable que los símbolos principales del Estado son la bandera de España y su escudo (35), pero son también símbolos del Estado español las banderas y enseñas previstas en el artículo 4 de la Constitución y reconocidas en los Estatutos de Autonomía, puesto que la palabra Estado consiente un uso anfibológico comprensivo de todas las instituciones del mismo, así como de las instituciones centrales solamente (36). Sin embargo, el Tribunal entiende que la Ley cuestionada no pretende definir cuáles son los símbolos y emblemas del Estado, sino que intenta establecer el alcance de dichos símbolos con vistas exclusivamente a la concreción del tipo penal, de forma que se establece «una definición que pretende o supone en sí misma una ampliación del tipo y soslaya la exigencia de ley orgánica» (37). Esta posición, a nuestro juicio, excesivamente formalista es criticable, puesto que el Tribunal no intenta buscar una lectura de la Ley impugnada de conformidad con la Constitución, como lo ha realizado en numerosas ocasiones, sino que se aferra a una interpretación bastante rígida que condena los aspectos cuestionados a la inconstitucionalidad. Una interpretación más generosa con el artículo declarado inconstitucional podría argumentarse de acuerdo con la preconstitucionalidad del Código Penal, en la misma interpretación amplia que el Tribunal Constitucional propone respecto de los símbolos del Estado o en la conside-

(33) FJ 1.º de la STC 119/1992, de 18 de septiembre.

(34) Sobre esta cuestión, la Audiencia Provincial de Valencia distingue las banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas de la bandera de España, puesto que el artículo 4 de la Constitución dispone que las banderas autonómicas «se utilizarán junto a la bandera de España», de lo que se deduce que aquéllas no se equiparan a la del Estado ni lo simbolizan o personifican. En consecuencia, la protección penal del artículo 123 del Código Penal no puede extenderse a los demás símbolos de las Comunidades Autónomas, pues éstas no son el Estado, sino corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política que tienen como esfera y límite de su actividad la gestión de los intereses que les son propios, mientras que la tutela de los intereses públicos generales compete, por definición, a los órganos estatales. Por ello, la punición por ultraje de las banderas autonómicas sólo podría hacerse de acuerdo con los artículos 10.1 y 2 de la Ley 39/1981, impugnada ante el Tribunal Constitucional, lo que al parecer del Tribunal no es posible por no gozar del carácter de ley orgánica que dicha ley debería tener para poder establecer penas privativas de la libertad de los ciudadanos.

(35) Véanse la Ley 33/1981, de 5 de octubre, del escudo de España, y los Reales Decretos 2.964/1981, de 18 de diciembre, por el que se hace público el modelo oficial del escudo, y 2.267/1982, de 3 de septiembre, sobre especificación técnica de los colores del escudo.

(36) Véanse SSTS 32/1981 y 38/1982, entre otras muchas.

(37) Véase FJ 2.º de la STC 119/1992, de 18 de septiembre.

ración de que el Código Penal utiliza conceptos que pueden ser definidos en otras normas.

Nótese que en ningún caso se ha debatido la inconstitucionalidad de los preceptos enjuiciados atendiendo a la gravedad de las penas aplicables a los supuestos de ultraje a la bandera.

IV. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto confirma el exceso de «judicialización» de la vida política española, que obedece tanto a una táctica temporal dilatoria (los jueces tardan en resolver los asuntos, amortiguando su conflictividad inmediata) como a una operación legitimadora (la intervención «objetiva» de un poder imparcial). En otras palabras: ha sido necesario un intenso activismo judicial para ir depurando los problemas, lo que inevitablemente, ha producido efectos contradictorios tanto por delegar su resolución en los Tribunales como por la diferente «sensibilidad» de los mismos.

El extremado rigorismo de introducir la exigencia del acatamiento constitucional formal ha incurrido en el error de elevar el ritual a requisito *sine qua non*. La mayoría parlamentaria se dejó provocar por HB, únicamente interesada en «intensificar las contradicciones del sistema», aduciendo victimismo y criminalización. Es aún más incomprensible la reiteración del error con ocasión del conflicto sobre el polémico añadido del «imperativo legal». En este caso, la intención instrumental de HB tenía que haberse obviado, pues lo sustancial es que aceptó someterse al requisito simbólico. En otras palabras: la fórmula reglamentaria vigente no es práctica, pues puede acatarse formalmente e incumplirse de hecho *a posteriori*. Lo que importa es evaluar la actuación del representante popular, no el acatamiento formal. Además, las consecuencias de la exigencia reglamentaria son desproporcionadas, pues, aunque no se priva al representante popular de tal condición, en la práctica se le impide ejercer. Todo ello hubiera aconsejado reaccionar políticamente de otro modo: de entrada, dar por buena la fórmula de HB y a continuación analizar su conducta y procedimientos.

En cuanto al problema de las banderas, hay que concluir señalando que la normativa vigente sigue traduciendo una concepción muy tópica de España, siendo poco dúctil para acoger otras concepciones más plurales. No es de extrañar que persistan las dificultades simbólicas, pues éstas son, en realidad, un pretexto para manifestar conflictos políticos.

Es cierto que la Constitución da un nuevo significado a la bandera de España, además de reconocer las propias de las nacionalidades y las regiones,

pues ya no representa a un Estado autoritario y centralista, siendo hoy compatible con la democracia y la autonomía. Jurídicamente, la respuesta está clara; ahora bien, la percepción social global de tal novedad requiere tiempo. Un acuerdo político y una determinada norma pueden ser logros importantes, pero la aceptación cívica suele ser más lenta: hay que *demonstrar* que, en efecto, el símbolo tradicional ya no tiene un significado opresivo.

El respeto a la bandera de España no se debe imponer coactivamente, pues en este caso será tan sólo formal y superficial. El rigor normativo es muestra de que algo falla, de que no hay plenas ni seguras garantías sobre el consenso popular al respecto. Las reticencias sólo se pueden superar con los hechos, esto es, con el más completo despliegue de la democracia y la autonomía.

Por todo ello, es desproporcionada y hasta impolítica la regulación penal vigente: no tiene sentido imponer penas privativas de libertad para los ultrajes a la bandera. Más lógico sería establecer, en todo caso, multas, aunque lo más deseable sería sintonizar con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, que ha enfatizado el valor de la libertad de expresión en tal tipo de incidentes, puesto que en ellos subyace un problema simbólico-político. Asimismo hay que añadir que las enseñas autonómicas son *también* símbolos del Estado y que, por tanto, deben ser merecedoras de idéntica protección jurídica que la bandera española, en la dirección administrativa apuntada.

En suma, no es el Código Penal la vía más idónea para intentar superar estos problemas, sino la práctica democrática y la socialización política pluralista las que pueden producir el normal respeto de los símbolos.