

y cualquiera que sea la técnica legislativa utilizada para ello, exige el rango de Ley orgánica de conformidad con lo dispuesto en los arts. 81.1 y 17.1 de la Constitución.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia,

**22888** Pleno. Sentencia 119/1992, de 18 de septiembre. Cuestión de inconstitucionalidad 175/1991. En relación con el artículo 10.1 y 2 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, reguladora del uso de la bandera nacional y otras banderas y enseñas.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente; don Luis López Guerra, Vicepresidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 175/1991, promovida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia en el rollo número 62/1990, sobre supuesta inconstitucionalidad del art. 10, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, reguladora del uso de la bandera nacional y de otras banderas y enseñas. Han sido parte, el Fiscal general del Estado y el Gobierno, representado por el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Presidente, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer del Tribunal.

### I. Antecedentes

1. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, por Auto de 22 de diciembre de 1990, dictado en el rollo núm. 62/1990 (procedimiento abreviado núm. 342/1989), registrado en este Tribunal el día 25 de enero de 1991, plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 10, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley 9/1981, de 28 de octubre, por su posible contradicción con el art. 81.1, en relación con los arts. 17.1 y 25.1 de la Constitución.

2. Los hechos que dan lugar a la cuestión son, en síntesis, los siguientes:

a) Ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia se sigue el procedimiento abreviado núm. 342/1989, contra Francisco José Navarro Gómez y otros, por los presuntos delitos de desórdenes públicos y ultrajes a la bandera. En el acto del juicio oral, celebrado los días 28 y 30 de noviembre de 1990, el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos, entre otros delitos, de un delito de ultrajes a la bandera del art. 123 del Código Penal, en relación con los arts. 457 y 463, párrafo 2.º, de dicho cuerpo legal, y con los arts. 1.º, 4 y 10, 1.º y 2.º, de la Ley 39/1981, de 28 de octubre; art. 5.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, y art. 4 de la Constitución.

b) La defensa del acusado Francisco José Navarro Gómez adujo, en su informe oral, la inconstitucionalidad del art. 10 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, invocado por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, por estimar que las disposiciones penales que dicho precepto contiene en orden a la tipificación de las ofensas y ultrajes a las banderas de las Comunidades Autónomas era contrario al principio de reserva de la Ley Orgánica establecido en el art. 81.1 de la C.E.

c) Por providencia de 4 de diciembre de 1990, la Audiencia, de conformidad con lo establecido en el art. 35.2 de la LOTC, acordó oír a las partes sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Evacuados los correspondientes informes, la Sala, en Auto de 22 de diciembre de 1990, acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los párrafos 1.º y 2.º del art. 10 de la Ley 39/1981.

Declarar inconstitucional y, por tanto, nulo el art. 10, párrafo 3.º, de la Ley 39/1981, de 28 de octubre.

Publiquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y dos.—Firmado: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Luis López Guerra.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Vicente Gimeno Sendra.—José Gabaldón López.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio González Campos.—Pedro Cruz Villalón.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Rubricado.

3. En el auto planteando la cuestión de inconstitucionalidad, la Audiencia razona que el objeto material de la modalidad del delito de traición impropia, tipificado en el art. 123 del Código Penal, en que se basa la acusación que el Ministerio Fiscal formula en la causa, está constituido por los símbolos del Estado, en cuya expresión —introducida en el Código por la Ley de 8 de abril de 1967— se comprenden únicamente aquellos que de forma incuestionable lo personifican o representan, identificándolo en su esencia, ante sus propios miembros y en la comunidad internacional. El primero y más representativo de dichos símbolos es la bandera, mencionada en el art. 4.1 de la Constitución y definida en el art. 1 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, reguladora de su uso como «signo de la soberanía, independencia, unidad e integridad de la Patria, y representación de los valores superiores expresados en la Constitución». Como consecuencia del reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española (art. 2 C.E.), organizadas territorialmente en Comunidades Autónomas (art. 137 C.E.), la propia Constitución establece en el núm. 2 de su art. 4 que «los Estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas», pero estas banderas no se equiparan a la del Estado, ni lo simbolizan o personifican, pues al disponer el mismo precepto constitucional que «se utilizarán junto a la bandera de España», las diferencia claramente, otorgando valor prevalente a esta última, como, por lo demás, se expresa en desarrollo de este artículo de modo inequívoco, en los arts. 3, 4, 5 y 6 de la citada Ley de 28 de octubre de 1981, que le conceden siempre lugar preeminente y de máximo honor entre todas las demás.

En consecuencia, la protección penal que el art. 123 del Código Penal presta a los símbolos del Estado no puede extenderse, mediante su directa aplicación, a los demás símbolos de las Comunidades Autónomas, pues éstas no son el Estado, sino Corporaciones públicas de base territorial y naturaleza política que tienen como esfera y límite de su actividad la gestión de los intereses que le son propios, mientras que la tutela de los intereses públicos generales compete por definición a los órganos estatales (STC 3/1981). 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 en Derecho penal por constituir una vulneración de los principios de legalidad, tipicidad, y sus derivados. La exclusión de estos símbolos como objeto material y jurídico del tipo de referencia se desprende de la citada Ley 39/1981, de 28 de octubre, que consideró necesario establecer de manera expresa que los ultrajes y las ofensas a las banderas de las Comunidades Autónomas se deben castigar conforme a lo dispuesto en las Leyes (art. 10.1), disponiendo que las infracciones de lo previsto en dicha Ley se considerarán incurso en lo establecido en los arts. 123 y concordantes del Código Penal (art. 10.2). Es decir, este precepto efectúa la concreción real de un bien jurídico distinto del valor protegido por el art. 123 del C.P., y determina un nuevo objeto material de la acción típica, no comprendido en este último artículo.

En el presente caso, el precepto que el Tribunal considera aplicable al caso enjuiciado no es, pues, el art. 123 C.P., sino aquél de la citada Ley especial en relación con este último, al que se remite a los solos efectos de penalidad. El carácter de precepto penal del referido artículo parece incuestionable, pues al presupuesto de hecho constituido por la acción típica de ofensas y ultrajes referidos al objeto material consistente en las banderas de las Comunidades Autónomas anuda la consecuencia de su castigo (art. 10.1), remitiendo para su fijación a lo establecido en el art. 123 C.P. (art. 10.2), que señala la prisión menor, o la prisión mayor si el hecho tuviera lugar con publicidad. Pero para aplicar este artículo y castigar conforme al mismo la conducta de referencia, constitutiva del injusto típico de ultraje a la bandera de la Comunidad Autónoma, existe un inconveniente formal, derivado del rango ordinario de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, la cual, siendo una Ley especial no penal, contiene, sin embargo, en su articulado una norma penal que previene una sanción de privación de libertad para la conducta que refiere, con evidente quebranto del principio de reserva absoluto de Ley Orgánica, establecido en la Constitución para todas las de aquella clase. Por esta misma razón —su carencia de rango de Ley Orgánica, exigido por el art. 81.1, en relación con

el 17.1 de la Constitución—, aunque referida únicamente al núm. 3 del art. 10 de la expresada Ley 39/1981, el Tribunal Supremo planteó ya, mediante Auto de fecha 27 de enero de 1988, la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por estimar que contrariaba lo dispuesto en los arts. 81.1, 17.1 y 25.1, todos ellos de la Constitución. Por idéntica motivación jurídica considera necesario este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 163 C.E., 35.2 LOTC y 5.2 L.O.P.J., someter al Tribunal Constitucional la cuestión relativa a la constitucionalidad del art. 10, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley 39/1981, que estima directamente aplicable al supuesto de hecho que se juzga en la presente causa, y cuya validez depende de la decisión de dicho Alto Tribunal acerca de su adecuación o inadecuación a los mencionados arts. 8.1, 17.1 y 25.1 C.E.

4. Por providencia de 11 de febrero de 1991, la Sección Cuarta del Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión que promueve la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, por supuesta inconstitucionalidad del art. 10, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, reguladora del uso de la bandera española y de las banderas de las Comunidades Autónomas, en cuanto norma penal sancionadora sin rango de Ley Orgánica, por poder infringir el art. 81.1, en relación con los 17.1 y 25.1 de la Constitución. Asimismo acordó, conforme establece el art. 37.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dar traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal general del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Se acordó, igualmente, publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» para general conocimiento.

5. El Presidente del Congreso, en escrito de 19 de febrero de 1991, acusó recibo de la comunicación recibida y comunicó que el Congreso no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, y puso a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar. Con fecha 26 de febrero de 1991, el Presidente del Senado acusó recibo de la comunicación recibida con el ruego de que se tenga por personada a la Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 de la LOTC.

6. El Fiscal general del Estado, en escrito presentado el 22 de febrero de 1991, después de exponer los antecedentes del caso, considera que lo que corresponde determinar es si la norma cuestionada, Ley ordinaria, tenía que tener la condición de orgánica desde el momento en que, según la Sala enjuiciadora, establecía un nuevo objeto material de la acción típica contenida en el art. 123 del Código Penal. La cuestión, pues, consiste en determinar si los preceptos cuestionados introducen un nuevo tipo penal, dado que, de ser la respuesta afirmativa, y de conformidad con la doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 140/1986 y 160/1986, sería claro que la Ley cuestionada sería una Ley constitucionalmente insuficiente por no tener el rango de Ley Orgánica.

El art. 123 C.P. habla de ultrajes a la Nación española, al Estado y a sus símbolos y emblemas. Se trata de un precepto anterior a la Constitución, que no pudo en su origen, por tanto, contemplar ofensas a las banderas autonómicas, por razones obvias. Partiendo de la prohibición de interpretación extensiva o análoga en las Leyes penales, que hace imposible en la práctica la extensión de su supuesto de hecho a otros no previstos expresamente en su texto, aunque existan razones históricas, culturales y sociales que permitieran encontrar afinidades sustanciales, no cabe entender que las ofensas a la bandera de una C.A. esté comprendida en el mencionado art. 123 C.P. De no ser por el art. 10.1 controvertido, sería atípico el hecho perseguido en el proceso subyacente. Este precepto, pues, ha venido a ampliar el supuesto fáctico contemplado en el art. 123 C.P., lo que viene a suponer en la realidad el establecimiento de un nuevo tipo penal: el ultraje a las banderas autonómicas, que no está previsto en el art. 123 C.P. Hay que desechar toda posibilidad de interpretar «Nación española» o «Estado» en términos tales que abarquen también a las CC.AA. Es cierto que éstas forman parte del Estado *lato sensu*, que señalara la STC 32/1983, y otras varias después, pero de ahí no puede derivarse, en especial con el rigor interpretativo con que debe encontrarse una norma penal, que la protección que expresamente se otorga a los emblemas de la Nación o del Estado se dispense también a los de las CC.AA. Tal conclusión, que exige declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada por infringir el art. 81.1 C.E., está en concordancia con lo que se informó en la cuestión de inconstitucionalidad 363/1988, referente al apartado 3.º de este mismo art. 10, entonces por faltar, asimismo, cobertura legal suficiente a la declaración de publicidad que se contiene en los ultrajes y ofensas a la bandera de España, que introduce modificación sustancial en el concepto de publicidad de que habla el Código Penal.

De otra parte, no cabe aceptar que la definición del tipo se encuentra en el Código Penal, viniendo a ser la Ley 39/1981, en este art. 10, un simple complemento de la misma. El art. 123 C.P. no es eviden-

temente una Ley penal en blanco que requiera de norma complementaria. Podría admitirse, a lo más, que dicha Ley desarrolla o complementa el tipo penal en cuanto que determina la bandera española, de modo que el ultraje que castiga este artículo no puede cometerse más que contra la bandera que se fija en el art. 2 de la Ley. Pero tal índole complementaria no puede aplicarse, por lo que hemos dicho, a una ampliación del tipo no comprendida en el estricto tenor del mismo. Esto ni sería técnicamente el complemento propio de una Ley en blanco, ni, por lo demás, reuniría aquellos requisitos que para las Leyes en blanco se recuerdan en la STC 127/1990, fundamento jurídico 3.º b).

Las mismas razones son de aplicación igualmente al apartado 2.º de este art. 10, pues, en la medida que establece nuevos tipos penales, consistentes en la infracción de lo dispuesto en la misma Ley, remitiéndose al consabido art. 123 C.P. y, en su caso, al 136 del Código de Justicia Militar (casos ambos en que se contemplan penas privativas de libertad) la exigencia de que la Ley revista carácter de orgánico es inquestionable. Se trata, por consiguiente, de un precepto inconstitucional en cuanto infractor del art. 81.1 C.E. en relación con el art. 17.1 de la misma.

La inconstitucionalidad que se postula de los dos preceptos cuestionados se basa en que constituyen un desarrollo, en los términos vistos, del derecho de libertad consagrado en el art. 17.1 C.E. El auto promovente se refiere también a la posible infracción del principio de legalidad recogido en el art. 25.1 C.E. La STC 25/1984, ante igual alegación contra la Ley que luego sería declarada inconstitucional por otros motivos en la antes citada STC 160/1986, declaró que si bien el art. 25.1 establece una reserva de Ley en materia penal, de ello no puede deducirse sin más que la conexión del art. 81.1 con el art. 25.1 implique reserva de Ley Orgánica (fundamento jurídico 3.º). Es verdad que posteriormente se ha suavizado tal declaración y así la STC 127/1990, en su fundamento jurídico 3.º A), afirma que el derecho de legalidad penal exige el requisito formal de una Ley como presupuesto de la acción punitiva del Estado, la cual ha de revestir «el rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de previsión de las correspondientes sanciones, que en el ámbito penal estricto, que es del que se trata en el presente supuesto, debe entenderse como reserva absoluta de Ley, e, incluso, respecto de las penas privativas de libertad, de Ley Orgánica». Sea como fuere, de declararse la inconstitucionalidad por vulneración del art. 17.1, como postulamos, conforme a clara doctrina constitucional, carece de mayor interés determinar si el motivo de inconstitucionalidad puede también extenderse a la posible infracción del art. 25.1 C.E.

A la vista de lo expuesto, el Fiscal estima que debe declararse inconstitucional y, por tanto, nulo el art. 10.1 y 2 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre.

7. El Abogado del Estado, en escrito presentado el 5 de marzo de 1991, considera que, a la vista de los razonamientos del auto que promueve la cuestión, del que parece deducirse la concurrencia de los requisitos del principio de legalidad, con la reserva de Ley Orgánica, es necesario precisar la doctrina constitucional sobre dicha cuestión. Al respecto razona, en primer término, que la reserva de Ley Orgánica para las normas penales está claramente recogida en las SSTC 140/1986 y 160/1986. En la STC 140/1986, afirmó el Tribunal en su fundamento jurídico 5.º, *in fine*, que «el Código Penal y, en general, las normas penales estén en él enmarcadas formalmente, o fuera de él en Leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 de la C.E., por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de orgánicas». No obstante, y aunque ciertamente debemos partir de esta clara doctrina como presupuesto inexcusable para el examen de esta cuestión, es también cierto que el Tribunal ha reconocido una cierta interpretación estricta del alcance de esta reserva. Así resulta, también con mucha claridad, de las SSTC 76/1983 y 26/1987, entre otras. En segundo término, hay que referirse también, a otra Sentencia del Tribunal, que juzgamos también de gran relevancia para el caso que se examina. Se trata de la STC 123/1986, que contempla la cuestión de las relaciones entre Ley Orgánica y Ley ordinaria. En esta Sentencia se afirmó (fundamento jurídico 3.º): «... no existe, de principio, imposibilidad constitucional para que la Ley Orgánica llame a la ordinaria a integrar en algunos extremos sus disposiciones de "de desarrollo", dando así lugar, y con las mismas garantías constitucionales exigibles (STC 83/1984, fundamento jurídico 4.º), a una colaboración entre normas que no diferirá —en este plano de la integración entre distintos preceptos— de la relación que en los casos de reserva de Ley puede establecerse entre esta última fuente y el Reglamento. En realidad, la Constitución sólo impide que esta colaboración internormativa se establezca, a través de fórmulas delegantes, con los Decretos Legislativos gubernamentales (art. 82.1), de tal manera que, cuando la remisión presente en la Ley Orgánica lo es a la Ley formal, no existiría, sólo por ello, obstáculo para el reconocimiento de su regularidad constitucional».

En el presente caso nos encontramos ante un supuesto de remisión o integración normativa. No se trata de dos normas sin ninguna conexión material, de suerte que haya producido una grosera yuxtaposición entre

la Ley cuestionada y el art. 123 del Código Penal. La Ley cuestionada define el alcance de los conceptos que utiliza el art. 123 del citado Código que no se encuentran definidos en el mismo: Se trata de un fenómeno de remisión e integración, que nos sitúa en una problemática muy similar a la de las denominadas, en casos más extremos, normas penales en blanco. Ello es así porque el art. 123 del Código Penal utiliza un concepto jurídico, no únicamente una descripción material de una conducta. Tal concepto es el de «sus símbolos o emblemas» (del Estado). Al ser el Estado fundamentalmente un concepto jurídico, de igual manera es necesariamente un concepto jurídico los símbolos o emblemas del Estado. Y, al no existir una definición de los mismos en el propio Código, debe acudir al resto del ordenamiento para hallar tal definición; en nuestro caso, la definición se encuentra justamente en los preceptos cuestionados. Por tanto, el tipo penal en este caso no es en sí mismo cerrado y excluidor de toda integración. Al utilizar un concepto jurídico está realizando una remisión implícita a la norma que defina el alcance de tal concepto. Por ello no pueden aceptarse los argumentos del auto que promueve la cuestión en tal sentido de que se amplie el tipo mediante estos preceptos, incluyéndose supuestos no previstos en el injusto típico. Se trata, pues, de un fenómeno de remisión e integración (el auto referido, en realidad, lo que cuestiona es la validez en sí de la definición legal).

Esta teoría legislativa es respetuosa de la reserva de Ley Orgánica que exige el art. 81.1 de la Constitución, por las siguientes razones: A) La primera razón es la unidad del ordenamiento jurídico, que en principio debe posibilitar este fenómeno de integración o remisión, que por otra parte se produce en muchos otros lugares del Código Penal, que utiliza conceptos jurídicos que se definen en las Leyes ordinarias. Si hubiéramos de exigir la forma de Ley Orgánica para la precisión de todos los conceptos que se utilizan por la Ley penal llegaríamos a una situación absurda de hipertrofia del propio concepto de Leyes Orgánicas. Todo el Código Penal se encuentra integrado por conceptos que por no ser fácilmente determinables, o porque su determinación puede conducir a una desigual o ineficaz aplicación de la Ley, son abordados por otras disciplinas jurídicas y por otras normas no penales. Todo esto nos demuestra que la exigencia de Ley Orgánica en la definición de los tipos penales no puede referirse a una agotadora comprensión de todos los detalles o aspectos concretos que juegan algún papel en la aplicación de la norma penal. B) La segunda razón es la plena aplicabilidad en este caso de la doctrina del Tribunal que antes hemos citado, sobre la validez constitucional de la integración de Leyes Orgánicas por Leyes ordinarias (STC 137/1986). No nos encontramos ciertamente ante un reenvío en blanco, o con condiciones muy laxas, que podrían defraudar la reserva constitucional en favor de la Ley Orgánica. El art. 123 del Código Penal utiliza un concepto preciso y claro (símbolos y emblemas del Estado), pero que entraña en sí mismo y por su propia naturaleza un amplio grado de lo que podríamos denominar convencionalidad legislativa; los símbolos y emblemas del Estado son los que el propio Estado decida que lo son; ni la Constitución ni una suerte de naturaleza de las cosas determinan unos teóricamente necesarios símbolos del Estado (otra cosa será la posible arbitrariedad de la definición, que luego consideraremos). En este sentido, no nos parecen aceptables los razonamientos del auto que promueve la cuestión, cuando se refiere a que en los símbolos del Estado «se comprenden únicamente aquellos que de forma incuestionable lo personifican o representan», o que el precepto cuestionado concreta «un bien jurídico distinto del valor protegido por el art. 123 del Código Penal»; aquí el órgano judicial se limita a disentir del criterio del legislador, lo que ciertamente no puede hacer; llega incluso a calificar a estos preceptos de «interpretación extensiva», confundiendo manifiestamente a nuestro juicio el plano de la interpretación judicial con el de la potestad legislativa.

Admitida la validez constitucional, en principio, de esta técnica legislativa, cabe plantearse si en este caso la Ley ordinaria ha incurrido en arbitrariedad o irrazonabilidad al realizar la definición o integración; concretamente, al incluir entre los símbolos y emblemas del Estado a las banderas de las Comunidades Autónomas. Este es el enfoque correcto, desde el punto de vista de la inconstitucionalidad posible de los preceptos cuestionados, del razonamiento que se ofrece en el auto que promueve la cuestión. No basta, como parece dar a entender el auto, que tal definición legal no se considere correcta o adecuada, ya que ello supone invadir las competencias del legislador. Es preciso que se demuestre que es manifiestamente arbitraria o irrazonable, para que pueda hablarse de inconstitucionalidad. Es el *criterium* justamente inverso al que parece aplicar el auto citado; no se puede sostener que el legislador sólo pueda considerar como «símbolo del Estado» los que lo sean de forma incuestionable, puesto que tal razonamiento desconoce el ámbito constitucional de las competencias del poder legislativo; lo único que podría afirmarse es que el legislador no puede, constitucionalmente, determinar arbitrariamente cuáles sean tales símbolos, cuando ello lleva aparejado consecuencias penales; es decir, que el legislador no pueda establecer como símbolos del Estado aquellos que manifiestamente no lo sean. Lo «manifiesto» o «incuestionable» sólo puede utilizarse como fundamento de la arbitrariedad, y no como fundamento de la potestad legislativa. En el presente caso, estamos

muy lejos de tal arbitrariedad, o de que se hayan considerado símbolos del Estado aquellos que incontrovertiblemente no lo sean, pues, antes al contrario, hay razones sobradas para sostener la bondad y acierto del criterio legal que se utiliza en los preceptos cuestionados: Equiparar la bandera de las Comunidades Autónomas a la bandera del Estado o, en definitiva, incluirlas como «símbolos o emblemas del Estado». Ello se deriva de un hecho esencial, pero de importancia fundamental: La transformación profunda que el concepto y estructura del Estado han experimentado, en muchos aspectos, con motivo de la entrada en vigor de la Constitución. En el aspecto de la distribución territorial del poder, la Constitución ha huido de toda concepción unitaria y centralista del Estado, optando por el contrario por una forma compleja de Estado compuesto, con la consagración de las Comunidades Autónomas y la correlativa distribución de competencias, que se realiza en el propio bloque de la constitucionalidad. Ello produce que el término Estado se utiliza de forma anfibológica por la Constitución, tanto como conjunto de Instituciones centrales, como compuesto en el que se incluyen las Comunidades Autónomas. Así lo ha reconocido la propia doctrina del Tribunal en las SSTC 32/1981 (fundamento jurídico 5.º) y 38/1982 (fundamento jurídico 2.º), entre otras.

Por lo expuesto, el Abogado del Estado solicita se dicte Sentencia por la que se declare que los preceptos cuestionados son plenamente conformes a la Constitución.

8. Por providencia del Pleno de este Tribunal, de 16 de septiembre de 1992, se acordó señalar el día 18 siguiente para deliberación y votación de la presente Sentencia.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad tiene por objeto decidir sobre la constitucionalidad del art. 10, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, reguladora del uso de la bandera nacional y de otras banderas y enseñas, en cuanto pudiera ser contrario al art. 81.1, en relación con los arts. 17.1 y 25.1 de la Constitución.

El art. 10 de la citada Ley, en sus párrafos 1.º y 2.º, ahora cuestionados, establece lo siguiente:

«1. 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.

2. Las infracciones de lo previsto en esta Ley se considerarán incurridas en lo establecido en los arts. 123 y concordantes del Código Penal y, en su caso, en el art. 316 del Código de Justicia Militar, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran proceder.»

Por su parte, el art. 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 tuvieran lugar con publicidad, con la prisión mayor».

En el auto de planteamiento de la cuestión, la Sala promovente considera, criterio que comparte el Fiscal general del Estado, que la inconstitucionalidad advertida vendría motivada, en síntesis, por el hecho de no tener la Ley 39/1981 rango de Ley Orgánica, así como por la imposibilidad de extender a los símbolos de las Comunidades Autónomas la protección penal que el art. 123 del Código Penal otorga a los símbolos del Estado. Por el contrario, el Abogado del Estado estima que el precepto cuestionado permite una lectura compatible con las exigencias derivadas de los arts. 81.1, 17.1 y 25.1 de la C.E., pues, a su juicio, la cuestión planteada es un supuesto de remisión o integración normativa y que el precepto ahora cuestionado lo único que hace es definir el alcance de los conceptos que utiliza el art. 123 del Código Penal.

Pese a lo que podría deducirse de algunas manifestaciones vertidas en el Auto de planteamiento de la cuestión, y en las alegaciones de las partes comparecidas en este proceso constitucional, el problema no estriba en determinar cuáles son, deben ser o pueden ser los símbolos y emblemas de la Nación o Estado español. 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». Sin necesidad de insistir en el sentido anfibológico con el que el término Estado se utiliza en la C.E. (SSTC 32/1981 y 38/1982), no cabe duda de que, siendo los principales símbolos de nuestro Estado la bandera de España y su escudo, también son símbolos del Estado español las banderas y enseñas previstas en el art. 4 C.E. 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 del Estado que configura.

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

En consecuencia, la única cuestión que se nos plantea es determinar si la técnica seguida por el legislador al aprobar la Ley 39/1981, y concretamente su art. 10.1 y 2, respeta las exigencias formales del principio de legalidad penal y específicamente la reserva de Ley Orgánica que es exigible de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 en relación con el art. 17.1, ambos de la C.E., a las normas penales que establezcan penas privativas de libertad o restrictivas de otros derechos fundamentales (SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990).

2. Encuadrada en estos términos la controversia, resulta necesario precisar cuál es el alcance de los preceptos cuestionados, pues aunque el órgano proponente de la cuestión los integra en un único mandato legal, lo cierto es que se trata de dos párrafos separados que contienen mandatos jurídicos de alcance diverso.

El párrafo primero del art. 10 que la Ley 39/1981, aun cuando refleja una clara voluntad del legislador del Estado de equiparar la protección jurídica de las banderas de las Comunidades Autónomas a la de la bandera de España, lo cierto es que no contiene ningún mandato jurídico concreto, pues se limita a remitirse «a lo dispuesto en las leyes» respecto de las ofensas y ultrajes, modalidad de remisión normativa constitucionalmente válida por ser irrelevante desde la perspectiva penal, ya que no crea ningún tipo sino que se remite genéricamente a los eventuales tipos existentes, sin ordenar una ampliación de los mismos. Por ello, ha de desestimarse la cuestión en relación con este párrafo primero.

Al contrario, el párrafo segundo del art. 10 de la Ley 39/1981 establece un mandato, el «considerar» incursos en los arts. 123 y concordantes del Código Penal «las infracciones de lo previsto en esta Ley». Para el órgano judicial y el Ministerio Fiscal, el precepto implica una extensión o ampliación del tipo, esto es, incluye conductas que hasta su aprobación no eran punibles. Desde luego, esta interpretación es la que parece que más se corresponde con la intención del legislador, que ha partido de la premisa de la necesidad de una intervención legislativa expresa para declarar punibles «las infracciones de los previstos en esta Ley», ampliando tanto el tipo de conductas como el objeto mismo de la protección penal; dicho con otras palabras, en vez de acudir a la vía directa de la reforma del Código Penal, el precepto opera una modificación de aquél, que sin integrarse en su texto, lo corrige a través de la remisión de la Ley cuestionada incluye.

Resulta evidente que así interpretado el precepto, como reforma por remisión de un precepto del Código Penal que impone una pena privativa de libertad, debería haber adoptado el rango de Ley Orgánica, y más aún teniendo en cuenta la incorrecta formulación abierta del tipo «las infracciones de lo previsto en esta Ley», que no cumple la exigencia constitucional de predeterminación normativa de la conducta penalmente ilícita, pues por el carácter genérico y extenso de la Ley, no es posible prever con suficiente seguridad la naturaleza

y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción penal tipificada (SSTC 60/1986, 122/1987, 133/1987, 3/1988 y 29/1989).

El Abogado del Estado rechaza que el precepto cuestionado tenga ese alcance modificativo y extensivo y propone una lectura del mismo que cabría entender como un intento de interpretación conforme a la Constitución. Al respecto, cabe recordar que, como este Tribunal ha afirmado en reiteradas ocasiones, sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulta indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma (entre otras, SSTC 93/1984, 115/1987 y 105/1988).

En primer lugar, el Abogado del Estado trata de solventar la dificultad de la descripción genérica del tipo a través de una integración de los dos párrafos cuestionados que es posible que se corresponda con la voluntad del legislador, pero que, al no corresponderse con la finalidad o el texto de la Ley, supone una manipulación hermenéutica correctora que excede de las posibilidades de una interpretación conforme a la Constitución, ya que supondría hacer decir al precepto lo que éste evidentemente no dice, que no son las infracciones de lo dispuesto en la Ley, sino los ultrajes y ofensas a las banderas el objeto de la remisión al art. 123 C.P.

En segundo lugar, el Abogado del Estado afirma que se trata de una colaboración internormativa, pues la Ley cuestionada se limita a definir el alcance de los conceptos que utiliza el art. 123 C.P., los símbolos y emblemas del Estado. Es cierto que corresponde al legislador ordinario, en su caso, definir cuáles son los símbolos y emblemas del Estado, pero no le corresponde determinar su alcance, con vistas exclusivamente a la concreción del tipo penal, estableciendo una definición que pretende o supone en sí misma una ampliación del tipo y soslaya la exigencia de Ley Orgánica. Ahora bien, no cabe aceptar que se haya producido una mera definición de los símbolos o emblemas del Estado. El precepto cuestionado no viene a precisar o concretar los conceptos contenidos en el art. 123 C.P., pues no se refiere en ningún momento a qué debe entenderse por símbolos o emblemas del Estado (lo que sí supondría una integración del art. 123 C.P. del tipo de la que efectúa el propio art. 1 de la Ley 39/1981), sino que se limita a determinar supuestos de aplicación de la pena prevista en el artículo penal mencionado, y a configurar, por tanto, y por sí misma, un tipo penal, que supone o pretende una extensión del contenido del art. 123 C.P., lo que no podía hacer la Ley ordinaria.

Por todo ello, el art. 10.2 de la Ley 39/1981, ha de ser declarado inconstitucional y consiguientemente nulo.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, y en su virtud:

Declarar inconstitucional y, por tanto, nulo el art. 10, párrafo segundo, de la Ley 39/1981, de 28 de octubre.

Publiquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa y dos.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Luis López Guerra.—Fernando García-Mon y González-Reguer.—Carlos de la Vega Benayas.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Vicente Gimeno Sendra.—José Gabaldón López.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio González Campos.—Pedro Cruz Villalón.—Carlos Viver Pi-Sunyer.—Firmado y rubricado.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el conflicto positivo de competencia, registrado con el núm. 386/86, promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, representado por el Abogado don Ramón M. Llevadot i Roig, en relación con el Real Decreto 2.253/1985, de 22 de mayo, sobre especialización en Derecho foral como mérito preferente para el nombramiento de Notarios de determinadas Comunidades Autónomas. Ha sido parte el Gobierno de la Nación, representado por el Abogado del Estado, y Ponente el Magistrado don José Gabaldón López, quien expresa el parecer del Tribunal.

**22889** Pleno. Sentencia 120/1992, de 21 de septiembre. Conflicto positivo de competencia 386/1986. Promovido por el Consejo Ejecutivo de Cataluña, en relación con el Real Decreto 2253/1985, de 22 de mayo, sobre especialización en Derecho foral como mérito preferente para el nombramiento de Notarios en determinadas Comunidades Autónomas. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente; don Luis López Guerra, don Fernando García-Mon y González-Reguer, don Carlos de la Vega Benayas, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don José Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carlos Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado