



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 0275808

-1-

S A L A P R I M E R A
Sección 2ª.-

Núm. de Registro: 856/90.

Excmos. Sres.:

D. Carlos de la Vega Benayas

D. Luis López Guerra

D. Vicente Gimeno Sendra

ASUNTO: Amparo promovido por don Felix Soto Azcarate y otros.

SOBRE: Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, resolutoria en casación dictada por la Audiencia Provincial de San Sebastián, en procedimiento sobre delito de ultraje a la bandera nacional.

En el asunto de referencia la Sección ha acordado dictar el siguiente

A U T O

I. ANTECEDENTES

1. Don José Manuel de Dorremochea Aramburu, Procurador de los Tribunales, por medio de escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 30 de marzo de 1990, en nombre y re



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 0275842

-2-


presentación de don Felix Soto Azcárate, don Joseba Manuel Ibarburu Uranga y don Antonio Arca Montero, interpone recurso de amparo contra las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1990, recaídas en el recurso de casación núm.2894/87, y de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 11 de mayo de 1987, recaída en el rollo 293/83, correspondiente al Sumario núm.63/83 del Juzgado de Instrucción núm.1 de San Sebastián.

2. La demanda se basa, en síntesis, en los siguientes antecedentes:

a) La citada Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián condenó a los recurrentes como autores responsables de un delito de ultraje a la bandera, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de seis meses y un día de prisión menor, accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales por terceras partes.

Dicha Sentencia considera probados los siguientes hechos: "El día 15 de agosto de 1983, dada la naturaleza de día festivo en la ciudad de San Sebastián coincidente con la Semana Grande, por orden del Sr. Alcalde accidental, tras pulsar el sentir mayoritario de los corporativos favorable a izar las tres banderas, ondeaba la bandera constitucional de España en el mástil central de la fachada principal del Ayuntamiento Donostiarra, así como las banderas de la Comunidad Autónoma Vasca y la de la Ciudad en otros mástiles situados en las torretas laterales del edificio.

Sobre las 18,30 horas de esa misma tarde, subieron al tejado del edificio los procesados Felix Soto Azcárate, Joseba Imanol Ibarburu Uranga y Andoni Arca Montoro, los tres mayores de edad y sin antecedentes penales actuando de común



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

acuerdo, a la sazón, Concejales del Excmo. Ayuntamiento de la Ciudad de la entonces coalición de Herri Batasuna, tras penetrar en el interior del edificio en cuya portería se encontraba un Policía Municipal que identificó a los procesados.

Para acceder a la terraza tuvieron que forzar el candado que cerraba el único acceso al mismo, tras lo cual se dirigieron a la zona donde se encontraba el mástil en el que ondeaba la bandera Constitucional, en su trayecto se encontraron con dos Policías Municipales de servicio en aquella zona uno de ellos les preguntó que qué hacían allí, sin obtener respuesta, y observó como los tres continuaron en la dirección indicada, y tras cortar los cordones que la sujetaban al mástil, la retiraron llevándosela hacia el interior del edificio por el mismo acceso que antes habían utilizado, operación que fue rápida.

La bandera apareció el día 17 del mismo mes, en el segundo piso, en una zona de tránsito entre las oficinas de Obras y Ensanches con Urbanismo, con los cordones cortados".

b) En relación con la petición del Ministerio Fiscal que consideraba aplicable la agravación del art.140 del Código Penal (cometerse los delitos por un funcionario público abusando de su carácter o funciones), la Sentencia, en su Fundamento Jurídico décimo, considera inaplicable tal precepto, por no aparecer en los hechos probados la circunstancia fáctica exigida y por considerar que los Concejales no tienen el carácter requerido de funcionarios públicos, sino el de Autoridad a que se refiere el art.119 del C.P.

c) La Sentencia de la Audiencia Provincial fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal, al entender que debió ser aplicado el mencionado art.140 del C.P., y por los procesados, sosteniendo, entre otros extremos, que la Sentencia de instancia lesionaba el principio de presunción de inocencia



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 0275844

-4-

y el derecho a la libertad de expresión de los arts.24.2 y 20.1 C.E.

d) Tramitado el recurso de casación con el núm.2894/87, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó el 7 de febrero de 1990 dos Sentencias: por la primera, desestimaba el recurso de casación interpuesto por los procesados y estimaba el interpuesto por el Ministerio Fiscal, casando y anulando, en cuanto al motivo de este último, la Sentencia de la Audiencia Provincial; por la segunda, se aceptaban los hechos de la Sentencia recurrida, así como sus fundamentos jurídicos, excepto el décimo, declarando a los tres procesados autores de un delito de ultraje a la bandera, previsto y penado en los arts.123 y 140 del C.P., condenándoles a la pena de seis meses y un día de prisión menor y a la de seis años y un día de inhabilitación absoluta.

3. La demanda considera infringidos los siguientes derechos: a la participación en los asuntos públicos y al acceso a la función y cargos públicos, en condiciones de igualdad, en relación con el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica; a la legalidad, a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad; a la igualdad, en relación con los derechos precedentemente enumerados; a la libertad de expresión; y a la presunción de inocencia.

Como pretensión de amparo se solicita que se declare la nulidad de las Sentencias recurridas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de San Sebastián por se contrarias a lo dispuesto en los arts.23.1.y 2, 25.1, 24.2,20.1a) y 14 de la Constitución.

Por medio de otrosí, al amparo de lo establecido en el art.56 de la LOTC, se solicita la suspensión de la ejecución de las Sentencias y de las condenas que imponen.



4. La Sección Segunda (Sala Primera), por providencia de 18 de junio de 1990, a tenor de lo dispuesto en el art.50.3 de la LOTC, concedió un plazo de diez días al Ministerio Fiscal y a los promoventes del amparo para que alegaran lo que estimaran pertinente sobre la posible concurrencia del siguiente motivo de inadmisión, previsto en el art.50.1.c) de la LOTC: carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal.

En cuanto a la petición de suspensión de la ejecución de las Sentencias recurridas, se acordó supeditar la correspondiente resolución a una previa decisión sobre la admisibilidad del recurso.

Asimismo, como había solicitado la Audiencia Provincial, se dispuso la comunicación de la referida providencia a dicho órgano judicial.

5. Con fecha 27 de junio, el Procurador don José Manuel de Dorremochea Aramburu, en representación de los promoventes del amparo, presentó escrito, en el que, después de señalar que la aplicabilidad del causa de inadmisión prevista en el art.50.1.c) exige que la carencia de contenido constitucional en la demanda sea manifiesta, reitera que se ha producido: la violación del art.24.2 C.E., por no existir en autos prueba legal de cargo que permita apoyar la declaración de hechos probados contenida en la Sentencia recurrida; la lesión del art.20.1.a) C.E., porque la manipulación de la bandera se relaciona con la libertad de expresión, citándose al efecto como ejemplo extremo la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que en 1989 consideró la quema de la bandera como una manifestación de dicha libertad, protegida por la Primera Enmienda de la Constitución, y poniéndose de relieve las circunstancias en que se produjeron los hechos; el derecho a la presunción de inocencia también se entiende infringido,



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 0275846

-6-

específicamente, por la sentencia del Tribunal Supremo al no existir prueba relativa al prevalimiento de la cualidad de Concejal del Ayuntamiento; la infracción de los derechos a la legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad por la aplicación analógica del art.140 C.P.; la vulneración del derecho a la participación en los asuntos públicos y de acceso, en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art.23.1 y 2 C.E.), por la misma aplicación analógica, que ha supuesto la imposición de la pena de seis años y un día de inhabilitación absoluta; y, asimismo, la lesión del derecho a la igualdad de trato del art.14 C.E., en relación con el derecho a la participación en los asuntos públicos y al acceso a la función y cargos públicos, como consecuencia de dicha pena de inhabilitación.

Finalmente, la representación de los demandantes termina solicitando que se tenga por evacuado el trámite y se admita el recurso fomulado.

6. El Misterio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 2 de julio de 1990, rechazando los distintos motivos del recurso de amparo.

En tal sentido, pone de relieve que no se ha producido la vulneración del derecho a participar en los asuntos públicos y el derecho a acceder a los mismo en condiciones de igualdad (art.23.1 y 2 C.E.), puesto que la pena de inhabilitación absoluta impuesta está especialmente prevista para el delito de ultraje a la bandera en el art.140 C.P. Se trata por los recurrentes de impugnar la aplicación e interpretación de un precepto penal sustantivo efectuado por el órgano judicial, función que le corresponde en exclusiva, de acuerdo con el art.117.3 C.E.

La argumentación de los recurrentes encaminada a sostener que se ha producido la vulneración de los derechos a



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 0275847

-7-

la legalidad, a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad, proclamados por los arts. 25.1 y 17.1 C.E., adolece del mismo defecto, ya que se traduce en una censura a la aplicación efectuada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo del mencionado art.140 C.P.y del art.119 del propio Código, que establece un concepto de funcionario más amplio que el meramente administrativo.

En relación con la presunción de inocencia (art.24.2 C.E.), se sostiene que el derecho comporta la necesidad de probar los hechos objeto de imputación, pero no alcanza a la apreciación o valoración de la prueba, ni a la aplicación de las normas atinentes al caso o a la subsunción en ellas del supuesto de hecho, ni a la calificación jurídica. Y, en el presente caso, existió actividad probatoria tenida en cuenta por la Audiencia y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo para el pronunciamiento condenatorio.

Respecto a la infracción del art.20.1.a), aún cuando se admitiera la hipótesis de que la conducta de los recurrentes constituyera una manifestación de la libertad de expresión, resulta claro que la forma de expresión de las ideas ha incidido en el tipo penal previsto y sancionado en los arts.123 y 140 del C.P.

Por último, se sostiene que la demanda no señala término de comparación idóneo por el que pueda entenderse producida una infracción del art.14 C.E. en la aplicación de la ley efectuada por el órgano judicial.

Por todo ello, el Ministerio Fiscal entiende que concurre la causa de inadmisión prevista en el art.50.1.c) de la LOTC y solicita que se dicte auto inadmitiendo el recurso de amparo.



II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El art.50.1.c) de la LOTC permite, según ha reiterado la doctrina de este Tribunal, un pronunciamiento anticipado sobre la inexistencia de la lesión de los derechos que se aducen como fundamento de la pretensión de amparo, y decidir así, en cierto modo, sobre el fondo de la demanda, cuando, como ocurre en el presente caso, los argumentos esgrimidos en dicho escrito aparecen prima facie carentes de justificación y puede excluirse, por tanto, sin necesidad de proseguir la sustanciación del proceso, toda posibilidad de que se haya producido infracción alguna de los preceptos constitucionales invocados por los promoventes del amparo.

2. Los motivos de amparo alegados por los recurrentes pueden agruparse para su análisis distinguiendo las vulneraciones de derechos fundamentales que, específicamente, se atribuyen a las Sentencias dictadas en casación y aquellas otras que, en tesis actora, proceden también de la Sentencia de instancia.

La doble infracción de los arts.23.1 y 2 y 25.1 de la Constitución se anuda, en realidad, a una misma circunstancia; esto es, a la aplicación analógica del art.140 del Código Penal, que según la demanda, ha efectuado la Sala Segunda del Tribunal Supremo y ha supuesto la imposición de la pena de inhabilitación absoluta con los efectos previstos en el art.35 del Código Penal. La premisa de que se parte no puede, sin embargo, ser acogida, puesto que no cabe apreciar la referida analogía ni en relación con la condición subjetiva de funcionario de los recurrentes, ni respecto a su prevalimiento de tal condición para la comisión de los hechos imputados.

Por una parte, no puede olvidarse que el art.119 del Código Penal, en su párrafo tercero, contiene una noción de



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 0275849

-9-

funcionario que no coincide con la del Derecho Administrativo y en la que cabe, de acuerdo con los criterios hermenéuticos generalmente admitidos en Derecho Penal y con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, los Concejales de Ayuntamientos, que era la condición que tenían los recurrentes.

Por otra, se señala y se tiene en cuenta en la resolución judicial que la entrada en el lugar donde estaban izadas las banderas, no obstante la presencia de la Policía Municipal en el interior del edificio, y la retirada de la bandera Constitucional fue posible o, al menos más fácil, por la mencionada condición de Concejales del Ayuntamiento, sin que ciertamente la subsunción de tal circunstancia en el tipo específico del art.140 del Código Penal, y no en la previsión genérica del art.10.10 del mismo Código, sea siquiera tema de posible planteamiento en el ámbito del recurso de amparo constitucional, por tratarse de un tema de legalidad ordinaria que corresponde decidir en exclusiva a los Tribunales penales.

Igual rechazo merece la atribución a las Sentencias de casación de la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art.24.2 C.E.), que los recurrentes entienden producida por la afirmación de que cometieron los hechos con el mencionado prevalimiento de su función. En efecto, la Sala del Tribunal Supremo se limita a valorar en este aspecto circunstancias fácticas contenidas ya en la Sentencia de la Audiencia, respecto de las que no puede dudarse que existió actividad probatoria testifical de cargo en el propio juicio oral, según recoge el Fundamento Jurídico Octavo de dicha resolución.

En cuanto a la infracción del derecho a la igualdad (art.14 C.E.), además de que, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, la demanda no señala ninguna Sentencia del propio Tribunal que pudiera servir de término comparativo, el diferenciado trato normativo de los funcionarios públicos (lato sensu), para quienes se prevé la pena singularizada de inhabilitación, tiene un fundamento objetivo, no discrimina-



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 0275850

-10-

torio, consistente en privar del ejercicio de actividades públicas a quienes se han valido de las mismas para perpetrar hechos delictivos, al mismo tiempo que tiende a evitar nuevas infracciones por quienes han realizado un ejercicio abusivo del cargo con incidencia en ilícitos penales.

4. Finalmente, tampoco son asumibles los motivos de amparo constitucional relacionados tanto con la Sentencia de la Audiencia Provincial, como con las dictadas por el Tribunal Supremo, por violación del derecho a la presunción de inocencia (art.24.2 C.E.), al haber apreciado el ánimus iniurandi que requiere el tipo penal, y por vulneración del derecho a la libertad de expresión (art.20.1 C.E, en relación con el 16.1 CE), al haberse producido la conducta sancionada en un contexto político e ideológico, en el que, según los recurrentes, no habiéndose sobrepasado el ejercicio del derecho, la injerencia punitiva del Estado resultaba innecesaria y desproporcionada.

En efecto, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que el mencionado ánimus, al ser un elemento subjetivo del injusto o suponer un dolo especial, cuya prueba material resulta imposible, pudo ser apreciado por los órganos de la jurisdicción penal, como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, según criterios de la experiencia común, deduciendo de las circunstancias y contexto general en que se han producidos los hechos enjuiciados la finalidad perseguida por los autores (AATC de 28 de enero de 1987, R.A.756/86; 18 de abril de 1988, R.A.1624/87, entre otros).

En segundo término, respecto a la incidencia en la conducta enjuiciada del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE, en relación con el art. 16.1 CE), es cierto que la doctrina de este Tribunal ha resaltado la importancia de tal derecho en orden a la efectividad del pluralismo político que la Constitución consagra, y, asimismo, ha puesto de relieve la necesidad de que, incluso cuando entra en el conflicto con



otros intereses protegidos por la legislación penal por su significativa importancia social y política, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivar no desnaturalicen el derecho, debiendo entenderse las normas, tanto las que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio, igualmente vinculantes y en actuación concurrente y recíproca. Sin embargo, en el presente caso, el órgano judicial de instancia pondera y descarta adecuadamente que en los hechos concorra una legítima expresión de opciones políticas independentistas, apreciando, por el contrario, en la "amputación ilegítima" de la triple representación simbólica de la organización política de la sociedad, que por acuerdo mayoritario del consistorio se había decidido exteriorizar, dadas las circunstancias personales, de lugar, tiempo y forma, un acto de menosprecio a la bandera, en cuanto símbolo del Estado y representación de los valores expresados en la Constitución, subsumible en el tipo penal descrito en el art. 123 del Código Penal, y luego, por el Tribunal Supremo, en la modalidad agravada del art. 140 del mismo texto legal.

Por todo lo anterior, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo.

Madrid, a dieciocho de julio de mil novecientos
noventa.

Las firmas manuscritas corresponden a los magistrados de la Sección. Se reconocen las firmas de: *Alfaro* (firmado a la izquierda), *Alfaro* (firmado en el centro), *Antón* (firmado en el centro), *Antón* (firmado en el centro), *Antón* (firmado en el centro), *Antón* (firmado en el centro), *Antón* (firmado en el centro), *Antón* (firmado en el centro), *Antón* (firmado en el centro), *Antón* (firmado en el centro).