

STC 118/1992, de 16 de septiembre (Pleno)

Cuestión de inconstitucionalidad núm. 363/1988

Ponente: Magistrado don Luis López Guerra
(B. O. E. de 14 de octubre de 1992)

RESUMEN

I. Constitución

Arts. 17.1 (*Derecho a la libertad*), 25.1 (*Principio de legalidad penal*) y 81.1 (*Leyes orgánicas*) en relación a ampliación de tipo penal.

II. Acto impugnado

Artículo 10.3 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, reguladora del uso de la bandera nacional y otras banderas y enseñas.

III. Decisión del Tribunal Constitucional

Declarar inconstitucional y, por tanto, nulo, el artículo impugnado.

IV. Fundamentos jurídicos

Se achaca al artículo impugnado inconstitucionalidad por carecer de rango de Ley orgánica, a pesar de su alcance penal [1].

Se reitera que el derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: por un lado, la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, y, por otro, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una nor-

ma que ostente rango de Ley. Esta exigencia de Ley formal que resulta del artículo 25.1 CE no implica que las normas penales hayan de revestir rango de Ley orgánica. Pero sí existe reserva constitucional en favor de la Ley orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1, en relación con el artículo 17.1 CE, respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad.

Ello no supone que tal exigencia de Ley orgánica haya de extenderse a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos, siendo posible el reenvío a normas no penales sin rango de orgánicas si se dan determinados requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado, y que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza [2].

El artículo cuestionado no viene a completar o integrar un precepto penal, abierto mediante una norma de carácter instrumental. Por el contrario, supone una ampliación del tipo agravado del artículo 123 CP, al incluir en el mismo un supuesto adicional no contenido en el precepto penal [3].

Es forzoso concluir que el artículo 10, párrafo 3.º, de la Ley 39/1981, en cuanto obliga a aplicar siempre en todos los supuestos, con independencia de la forma en que se haya cometido el delito, la pena de prisión mayor, es contrario al artículo 81.1 de la CE, por no tener el rango de Ley orgánica, y procede declarar su inconstitucionalidad [4].

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, y don Luis López Guerra, Vicepresidente y don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, 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 Carles Viver Pi-Sunyer, ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad número 363/1988 promovida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el recurso número 977/1985, sobre supuesta inconstitucionalidad del artículo 10, párrafo 3.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 Magistrado don Luis López Guerra, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, por Auto de 27 de enero de 1988, dictado en el recurso número 977/1988, plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 10, párrafo 3.º, de la Ley 9/1981, de 28 de octubre, por su posible contradicción con el artículo 81.1, en relación con los artículos 17.1 y 25.1, de la Constitución.

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

a) La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 26 de noviembre de 1984, dictada en la causa 40/1983 del Juzgado de Instrucción número 2 de Sant Felú de Llobregat, condenó a don

José Daraut Cortés como autor de un delito de traición previsto y penado en el artículo 123 del Código Penal, en relación con el número 3 del artículo 10 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, a las penas de seis años y un día de prisión mayor y accesorias y al pago de las costas procesales.

En la declaración de hechos probados se hace constar, en síntesis, que en la madrugada del día 11 de agosto de 1983 el acusado, en unión de otras personas, incendió la bandera de España, y por propagación la bandera de Cataluña, que ondeaban en uno de los balcones del Ayuntamiento de Sant Felú de Llobregat. En los considerandos la Sala razona que los hechos debían ser castigados con la pena correspondiente al tipo cualificado que contempla el supuesto de que tuvieran lugar con publicidad, «ya que, aun prescindiendo de que ésta existiere o no, a ello obliga la equiparación dispuesta por el artículo 10, número 3, en relación al artículo 3, número 1, de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, al figurar entre las banderas ultrajadas la de España, que ondeaba en el extremo de un edificio de la Administración municipal».

b) Contra dicha Sentencia interpuso el condenado recurso de casación por infracción de Ley ante la Sala Segunda de Tribunal Supremo, en el que, entre otros motivos, alegó la inconstitucionalidad del número 3 del artículo 10 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre. Por providencia de 26 de octubre de 1987, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de conformidad con lo establecido en el artículo 35.2 de la LOTC, acordó oír a las partes sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo 3.º de la Ley 39/1981.

3. En el Auto planteando la cuestión de inconstitucionalidad, la Sala Segunda del Tribunal Supremo razona que el artículo 81 de la Constitución Española exige que las normas que afecten al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas tengan un rango superior a la Ley formal, requiriendo para su calificación una doble directriz; de una parte, un contenido, y, de otra, que para su aprobación se exija la mayoría absoluta del Congreso, y es obvio que, en cuanto al primero de los requisitos apuntados, es al que alude el precepto constitucional citado, y por tanto, han de tener el rango de Ley Orgánica, las relativas al de-

sarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, enunciado que se corresponde literalmente con la rúbrica de la Sección 1.ª del Capítulo Segundo, del Título I de nuestra Constitución («Derecho fundamental y Libertades públicas»), entre los que se encuentran el artículo 17.1 relativo a la libertad personal y «al derecho a no ser privado de la misma, salvo en los casos y en las formas previstas en la Ley, es decir, que relacionando ambos artículos, 81.1 y 17.1, de la Constitución Española, se llega a la conclusión de que las normas penales que previenen sanciones de privación de libertad deben tener el rango de Ley Orgánica, como así ha reconocido el Tribunal Constitucional en su Sentencia STC 160/1986.

La Ley 39/1981, de 28 de octubre, es una Ley especial, no penal, que no tiene el rango de Ley Orgánica; sin embargo, el párrafo 3.º del artículo 1 de la misma, reputa que los ultrajes y ofensas a las banderas a que se refiere el artículo 3.º de dicha Ley, se considerarán siempre cometidos con publicidad, a efectos de lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal, lo cual implica que aunque no se dé publicidad, el hecho lleva aparejada la misma pena que si concurriera, con lo que la sanción a imponer sería la correcta, al ocurrir los hechos enjuiciados a las cuatro de la madrugada sin trascendencia pública; ello comporta una agravación sustancial de las penas, en delitos que ya están agravados en la regulación del propio Código Penal, distorsionando la tipificación de dicho texto punitivo, e incidiendo en el principio de legalidad, que lo infringe, reconociendo en el párrafo 1.º del artículo 25 de la Constitución Española, derivándose de su aplicación la imposición de penas desorbitadas, que obligó a hacer uso al Tribunal sentenciador de la facultad que le confiere el párrafo 2.º del artículo 2 del Código Penal.

En consecuencia, el Tribunal Supremo estima que la inconstitucionalidad resulta patente, por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 163 de la Constitución Española, artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 1/1979, de 3 de octubre, y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, plantea la cuestión de inconstitucionalidad del párrafo 3.º del artículo 10 de la Ley 39/1981, en lo que afecta a la modificación que introduce respecto al artículo 123 del Código Penal, por infringir los artículos 81.1 en relación con los 17.1 y 25.1, todos de la Constitución Española, al introducir una agravante no contemplada en el Código Penal y suponer una modificación de las penas previstas, sin tener aquélla el rango de Ley Orgánica.

4. Por Providencia de 17 de marzo de 1988, la Sección Cuarta del Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión que promueve la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por supuesta inconstitucionalidad del artículo 10, párrafo 3.º, de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, en lo que afecta a la modificación que introduce respecto al artículo 123 del Código Penal, por oposición al artículo 81.1 de la Constitución. Asimismo acordó, conforme establece el artículo 37.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), 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 Abogado del Estado, en escrito presentado el 11 de abril de 1988, considera que la norma cuestionada pone en relación dos tipos de normas: por un lado al artículo 3.º de la propia Ley que se refiere a las banderas que deben ondear en el exterior de los edificios de los órganos constitucionales, administrativos, militares, diplomáticos y en buques españoles. Por otro lado se refiere al artículo 123 del Código Penal, que tipifica los delitos de ultrajes a la nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o su forma política, así como a sus símbolos y emblemas, disponiendo una sanción penal de prisión menor o de prisión mayor, si aquellos delitos tuviesen lugar con publicidad. Por ello, el problema de fondo que plantea la Sala Segunda del Tribunal Supremo puede examinarse desde la doble perspectiva de la propia ley enjuiciada y del precepto del Código Penal al que aquélla se remite.

En primer término, la Ley de 25 de octubre de 1991, sobre regulación del uso de la bandera, se inscribe en una línea conocida y generalizada en todos los países sobre la protección de los símbolos y emblemas —en especial de la bandera— que es, como señala la propia Ley, signo de la soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria. La norma referida se dicta en desarrollo directo del Texto constitucional que determina en su artículo 4.º la forma y colores de la bandera. La Ley 39/1981 establece un concreto deber en su artículo 3.º, consistente en que la bandera de España ondee en el exterior de determinadas prohibiciones respecto de su utilización.

Desde esta perspectiva, lo que sugiere el planteamiento de la presente cuestión es una discrepancia con la calificación contenida en la Ley sobre el elemento de publicidad que ha de verse en los actos de agravio a las banderas a las que se refiere el artículo 3.º de la Ley. La Sala proponente acusa un criterio divergente al sustantivo mantenido por la Ley misma en aquella concreta cuestión, puesto que parece entender que, sin la Ley, los órganos jurisdiccionales podrían negar la concurrencia de aquel elemento de cualificación del tipo consistente en la publicidad. El fondo de la cuestión está pues representado, no tanto por la forma o tipo de norma legal que deba disciplinar la regulación del citado aspecto, sino por la constitucionalidad de una norma que sustraiga a la decisión judicial la concreción de cuándo existe el elemento de publicidad. De esta manera se está planteando un problema que, más que afectar a los derechos de libertad personal y de legalidad penal, atañe a la reserva de jurisdicción, en el sentido de concretar si es posible a la ley establecer, en determinados supuestos prefijados en la misma, cuándo existe el elemento de publicidad en el delito que opera un agravamiento de la pena.

Pues bien, en esta primera consideración, no debe haber duda alguna en que la Ley puede ordenar semejante calificación. La misión de los Tribunales es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sin poder recabar parcelas o ámbitos reservados a su enjuiciamiento e impenetrables a la acción definidora y ordenadora del legislador. Esto supuesto, se comprende que la prescripción contenida en el artículo 10.3 de la Ley 39/1981, se ajusta perfectamente a la naturaleza de los mandatos contenidos en la propia Ley. En efecto, puesto que ésta hace obligatoria la utilización de la bandera en determinados edificios y establecimientos públicos, exigiendo una situación de preferencia y una posición destacada y visible de aquéllas, es lógico que esta caracterización tenga una necesaria traducción en el orden penal. Pero bien entendido que esta «traducción» a que nos referimos no significa que el legisla-

dor haya superpuesto a un deber administrativo de publicidad una protección penal distinta y complementaria. Se trata, más bien, de que al haber instaurado unos deberes de publicidad en el uso de la bandera, ha juzgado oportuno recordar lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal. En este sentido, puede decirse que el legislador, más que llevar un nuevo supuesto de publicidad al Código Penal, ha operado a la inversa, ha creado *ex novo* un deber de publicidad y ostentación de la bandera, que coincide con el ámbito de la protección penal que ya existía para casos indefinidos.

Casi podría decirse que en la regulación de la Ley cuestionada contiene una simple tautología: hay publicidad, desde el punto de vista del artículo 123 del Código Penal, en los casos en los que la misma ley ordena una forma de publicidad singular y destacada del objeto mismo del agravio. La Sala proponente de la cuestión, lo que recaba es una libertad de juicio en la apreciación de la publicidad, razonando ser más correcta la pena de prisión menor «al ocurrir los hechos enjuiciados a las cuatro de la madrugada sin trascendencia pública» (fundamento jurídico 2.º del Auto de promoción de la cuestión). Sin embargo, ello no pasa de ser una discrepancia directa respecto de la Ley, que no elimina la legitimidad del presupuesto en que aquélla descansa: en haber establecido el legislador para determinados casos —que no son todos los que pueden reflejar el legítimo uso de la bandera de España— unas prescripciones máximas de publicidad que, al ser cumplidas, no pueden existir a un efecto o en un campo del Derecho y dejar de existir en otro.

En consecuencia, la ley cuestionada no opera innovación alguna en la ley penal, sino que se limita a ordenar un efecto que está implícito en los propios planteamientos de la norma. Puesto que ésta ordena una publicidad máxima de la bandera en determinados edificios y establecimientos, juzga conveniente instituir un efecto que se infiere de la propia ordenación sustantiva de la ley. Vistas las cosas desde la Ley 39/1981 se aprecia que lo que ésta hace es, simplemente, dar cuerpo al requisito de la publicidad establecido en las leyes penales pero mediante una ordenación sustantiva autónoma.

En segundo término, vistas las cosas desde el punto de vista de la legislación penal, cabe preguntarse, si le está vedado al legislador no orgánico entrar en la regulación y definición de conceptos que desempeñan una función tipificadora del delito o de la pena. Evidentemente, la respuesta ha de ser negativa. 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.

La ley penal, por ejemplo, no nos define lo que es un documento público ni privado y, sin embargo, la definición de estas figuras resulta esencial para la aplicación de la ley penal. Algo semejante sucede con la definición de armas prohibidas, o de sustancias prohibidas o nocivas (art. 342 del Código Penal) para cuya identificación se remite la ley a los reglamentos, etc. Todo el Código Penal se encuentra integrado de 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 ello 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.

En este sentido, no podemos dejar de hacer una breve consideración sobre los dos preceptos constitucionales que la Sala proponente estima lesionados por la norma cuestionada: el artículo 81.1 en relación con los artículos 17.1 y 25.1 del Código Penal. Ha sido el propio Pleno de este Tribunal quien ha destacado (STC 140/1986, fundamento jurídico 2.º) las profundas diferencias que existen de contemplar el problema desde el ángulo del artículo 25.1 a hacerlo desde la perspectiva del artículo 17.1 del mismo texto.

El principio de legalidad —dice la STC 25/1984 en su fundamento jurídico 3.º— se refiere a la exigencia de que nadie pueda ser condenado o sancionado por un injusto penal o administrativo que no haya sido tipificado previamente como tal según la legislación vigente cuando se produjo. Ahora bien, desde tal perspectiva, no puede entenderse exigible que todos los elementos normativos que deben concurrir para la determinación de la sanción o penal hayan de tener su expresión en una Ley orgánica, salvo el caso de que el objeto de las normas sancionadoras sean los derechos fundamentales, hipótesis por completo ajena al caso de autos.

En cambio, vistas las cosas desde la perspectiva del artículo 17 CE, regulador del derecho a la libertad personal, sí debe considerarse la necesidad de que las leyes penales privativas de libertad asuman una forma orgánica según aclaró la STC 140/1986 y otras posteriores. Ahora bien, «el artículo 17.1 CE —dice el fundamento jurídico 4.º de la Sentencia referida— al hacer mención del derecho a la libertad y seguridad lo hace en términos generales», y ello, tanto en la dimensión temporal de los momentos en que despliega el referido precepto sus efectos protectores, como en lo referente a la comprensión de los supuestos en términos forzosamente básicos en que un ciudadano puede ver afectada su libertad.

Si extremáramos el alcance del artículo 17.1 en el sentido de que hubiera de comportar la exigencia de Ley orgánica todos los preceptos que de cualquier modo confluyen en la aplicación de normas restrictivas de libertad, llegaríamos a un resultado equivalente a considerar exigible la forma de Ley orgánica como desarrollo del derecho estatuido en el artículo 25.1 CE. En tal hipótesis el alcance del artículo 17 y del artículo 25 sería el mismo desde la óptica del artículo 81.1 CE con lo que habría sido vana en la práctica la distinción de perspectivas que reconoce ese mismo Tribunal.

Las consideraciones precedentes vienen abonadas también por una interpretación tanto literal como teleológica del artículo 17.1 CE. La alusión a «los casos previstos en las leyes», no es ni mucho menos equivalente a la exigencia —por otra parte impracticable— de que todo elemento normativo que contribuya a perfilar o definir una sanción haya de tener su asiento en una Ley orgánica, sino que el texto es claramente alusivo a los casos o supuestos básicos que permiten aquel efecto, ya que la garantía que el artículo 17.1 contempla, se refiere a la libertad del ciudadano y no al elemento técnico de la tipicidad de las sanciones. La alusión por el Auto de promoción de la cuestión a estos dos preceptos (arts. 17 y 25) de una forma indiferenciada ha impedido reparar en las necesarias diferencias de alcance entre dos preceptos constitucionales cuyos contenidos no son intercambiables.

Por lo expuesto, el Abogado del Estado solicita se dice Sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad pretendida.

6. El Presidente del Congreso en escrito de 7 de abril de 1988 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 12 de abril de 1988, 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 artículo 88.1 de la LOTC.

7. El Fiscal General del Estado, en escrito presentado el 14 de abril de 1988, después de exponer los antecedentes del caso, considera que lo que corresponde determinar es si la norma cuestionada, Ley ordinaria, es inconstitucional por oponerse al artículo 81.1 de la CE en conexión con el artículo 17.1 de la misma.

El principio de legalidad, consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, exige reserva absoluta de Ley tanto para tipificar una conducta como delictiva, como para imponer cualquier pena, pero sólo cuando en virtud del artículo 81.1 de la Constitución, en conexión con el artículo 17.1 de la misma. Para llegar a estas conclusiones hay que recordar, siquiera sea sumariamente, la jurisprudencia constitucional sobre la materia, para aplicarse luego a la concreta cuestión promovida.

Ya en una de las primeras Sentencias, la STC 8/1981, este Tribunal estableció que el principio de legalidad penal, contenido en el artículo 25.1 de la Constitución, exige que la tipificación del delito y la fijación de la pena se hagan por *norma legal* y que la eventual extinción o modificación del tipo, o la alteración de la pena, han de realizarse asimismo por norma de igual rango legislativo, mencionando el Tribunal expresamente el Título III, Capítulo Segundo, de la Constitución (por error material, en el Tomo I de JC, pág. 140, se dice Título IV). Luego, en numerosas ocasiones, el Tribunal ha ido perfilando el alcance de esta exigencia del principio, como concreción del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Penal. Como puntualizara la STC 25/1984, fundamento jurídico 3.º, el principio supone la reserva absoluta de Ley, pero sin que ello implicara que tuviera que ser de Ley orgánica, lo que no se deducía sin más de la conexión del artículo 81.1 con el artículo 25.1, ambos de la Constitución, por lo que el Tribunal resolvió que los artículos que allí se cuestionaban de la Ley 40/1979, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, que tipificaban conductas y establecían penas, no se oponían «a las exigencias del artículo 25.1 de la Constitución en relación con el artículo 81.1, no siendo inconstitucionales por razón de esta conexión», doctrina que habrían de reiterar expresamente las SSTC 32/1984, en el fundamento jurídico 3.º, y la 17/1987, en el fundamento jurídico 1.º

La doctrina se completaría, despejando definitivamente cualquier duda al respecto, por la establecida en las SSTC 140/1986 y 160/1986, ambas del Pleno del Tribunal, declarando la segunda, en la cuestión de inconstitucionalidad 1232/1986, que era inconstitucional el artículo 7.1 de la citada Ley 40/1979 por imponer penas privativas de libertad sin ser orgánica, con vulneración de los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución. Se reiteró esta doctrina de la STC 122/1987.

El artículo 123 del CP, cuyo antecedente remoto, como es sabido, se encuentra en la Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906 y en el artículo 231 del Código de 1928, fue introducido en la reforma de 1944 y retocado en la de 8 de abril de 1967. Contiene, un tipo básico, y un subtipo agrabado por la publicidad, como

sucede con carácter general con los delitos de injuria y calumnia (arts. 459, 460 y 454) y que también específicamente se tiene en cuenta en otros supuestos concretos como en el de las injurias al Jefe del Estado tipificado en el artículo 147 del CP. No hay unanimidad en la doctrina a la hora de integrar el concepto «publicidad», pues mientras unos estiman que ha de acudirse al artículo 463 del CP, precisamente por tratarse de una injuria cualificada, otros se acogen a la agravante de publicidad del artículo 104 del CP. Aunque la diferente interpretación puede producir importantes consecuencias, pues la segunda es, evidentemente, mucho más restrictiva que la primera, ahora es irrelevante por no afectar a la cuestión planteada, ya que lo que cuestiona el Tribunal Supremo no es el artículo 123 del CP, sino la remisión que hace al mismo el artículo 103 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, que regula el uso de la bandera nacional y de otras banderas y enseñas.

Lo que hace el artículo cuestionado es una extensión automática *in malam partem* del subtipo agravado por la publicidad, con la consiguiente elevación de la pena, tan sustancial que pasa de prisión menor a prisión mayor, mediante la técnica del reenvío, a la que quizá convenga la terminología de Jiménez de Asúa, de «ley penal en blanco al revés» (Tratado I, págs. 352 y sigs.), porque la remisión afecta más a la pena que a la tipicidad, estableciéndose la *factio legis* de que siempre se dará publicidad —supuesto agravado— cuando los ultrajes se produzcan contra la bandera de España, lo que no infringe el principio de legalidad por establecerse en Ley anterior, previa y estricta, pero sí el de libertad del artículo 17.1, en relación con el artículo 81.1 por haber elevado la pena sin tener el rango de orgánica con la consecuencia, como sucedió en el caso concreto juzgado en el proceso *a quo*, de tenerse que imponer la de prisión mayor aunque el hecho se realizara sin publicidad y de acuerdo todo ello con la jurisprudencia constitucional antes expuesta.

No parece, finalmente que tenga la trascendencia que el Tribunal Supremo le atribuye, asumiendo el criterio del interesado, el hecho de que el precepto que se cuestiona esté incluido en Ley no penal, pues aunque esta técnica sea poco conveniente, pertenece, sin duda, a la competencia de poder legislativo y es utilizada frecuentemente en los ordenamientos jurídicos de nuestra área y, desde luego, en el nuestro, como ocurre a título enunciativo y sin necesidad de precisar más detalles, en materia, entre otras, electoral, de delitos monetarios, contrabando, energía nuclear, emigración, propiedad industrial, transportes y caza.

Por todo lo expuesto se interesa del Tribunal Constitucional que de conformidad con los artículos 86.1 de su Ley orgánica y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dicte Sentencia por la que estime parcialmente la cuestión planteada, declarando que el artículo 10.3 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, es opuesto a la Constitución, por vulnerar el artículo 17.1 en relación con el 81.1 de la misma.

8. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 10 de septiembre de 1992 se acordó señalar el día 16 siguiente para deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad tiene por objeto decidir sobre la constitucionalidad del artículo 10, párrafo 3.º, de la Ley 39/1981, de 28 de oc-

tubre, reguladora del uso de la bandera nacional y de otras banderas y enseñas, en cuanto pudiera ser contrario al artículo 81.1, en relación con los artículos 17.1 y 25.1 de la Constitución.

El artículo 10 de la citada Ley, en su párrafo 3.º, ahora cuestionado, establece lo siguiente:

«Los ultrajes y ofensas a las banderas a que se refiere el artículo 3 de esta Ley, se consideran siempre como cometidas con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo 123 del Código Penal.»

Por su parte, el artículo 123 del Código Penal dispone que:

«Los ultrajes a la nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o 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.»

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. Por el contrario el Abogado del Estado estima que el precepto cuestionado permite una lectura compatible con las exigencias derivadas de los artículos 81.1, 17.1 y 25.1 de la CE, pues, a su juicio, la cuestión planteada es un supuesto de remisión normativa y el precepto ahora cuestionado lo único que hace es precisar el alcance del concepto de publicidad que utiliza el artículo 123 del Código Penal.

La resolución de la cuestión planteada, exige, pues, determinar, de una parte, el alcance que en materia penal tiene la reserva constitucional en favor de la Ley orgánica establecida en el artículo 81.1 de la Constitución; de otra parte, cuál es el significado de la previsión contenida en el artículo 10, párrafo 3.º, de la Ley 39/1981, en relación con el artículo 123 del Código Penal.

2. De la reiterada doctrina de este Tribunal acerca de cuáles son las exigencias que para las normas penales se derivan del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) y de la reserva de Ley orgánica (art. 81.1 CE), es posible extraer, a los efectos que ahora interesa, los siguientes principios:

Con respecto al derecho a la legalidad penal, este Tribunal ha manifestado que comprende una doble garantía: por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (*lex certa*), y, por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley: exigencia que, en el ámbito penal estricto, en el que nos movemos en el presente supuesto, debe implicar la reserva absoluta de Ley (SSTC 160/1986, 122/1987, 3/1988 y 29/1989, entre otras muchas). Esta exigencia de Ley formal para las normas penales, que resulta del artículo 25.1 CE no implica, por sí sola, la necesidad de que las normas penales hayan de revestir rango de Ley orgánica (STC 25/1984). Pero sí existe reserva constitucional en favor de la Ley orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1, en relación con el artículo 17.1 CE, respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad.

En efecto, el derecho a la libertad y seguridad consagrado en el artículo 17.1 de la CE incluye todas las garantías previstas en otros preceptos constitucionales (arts. 25.1, 53.1 y 2 y 81.1) cuya vulneración supone la del mismo derecho. La remisión a la Ley que lleva a cabo el artículo 17.1 de la CE ha de entenderse como remisión a la Ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental (SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990).

Ello no supone que tal exigencia de Ley orgánica haya de extenderse a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Este Tribunal ha estimado que es constitucionalmente posible la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta (STC 122/1987): norma que, por su carácter instrumental, no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley orgánica, según el artículo 81.1 CE, en relación con el 17.1. Ahora bien, ese reenvío normativo a normas no penales procederá únicamente si se dan determinados requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (STC 127/1990).

3. Una vez hechas las precisiones anteriores, procede resolver la segunda de las cuestiones apuntadas, esto es, cuál es el significado de la previsión contenida en el artículo 10, párrafo 3.º, de la Ley 39/1981, en relación con el artículo 123 del Código Penal, y, más concretamente, si nos encontramos ante un supuesto de remisión o integración normativa constitucionalmente válida, tal como aduce el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones.

La respuesta ha de ser negativa. El párrafo citado, al establecer que los ultrajes y ofensas a las banderas a que se refiere el artículo 3 de la Ley, esto es, la bandera de España, «se considerarán siempre como cometidas con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo 123 del Código Penal», impone la aplicación automática, en todos los supuestos, independientemente de la publicidad real de los hechos que se cometen, del tipo agravado por la publicidad previsto en el artículo 123, *in fine*, del Código Penal. Ello implica que los ultrajes de que se trata a la bandera de España han de castigarse siempre con la pena del citado tipo agravado recogido en el artículo 123 del Código Penal (prisión mayor). No se trata, en este supuesto, de una manifestación o utilización de las llamadas leyes penales abiertas o imperfectas, que pudiera justificar la ausencia de rango de Ley orgánica de una norma que completase o integrase un mandato legal. El artículo 123 CP no se remite a otras normas para precisar el concepto de «publicidad», integrante del tipo agravado contenido en el mismo artículo: por el

contrario, es el artículo 10.3 de la Ley 39/1981 el que se remite al Código Penal. Pero, además, no es posible considerar que el citado precepto del Código Penal contenga el núcleo o determinación esencial de la agravación (luego prevista en el art. 10.3 que se cuestiona) de forma que quepa su integración por otras normas sin rango de Ley orgánica.

El artículo cuestionado, pues, no viene a completar o integrar un precepto penal abierto mediante una norma de carácter instrumental. Por el contrario, el artículo 10.3 de la Ley 39/1981, supone una ampliación del tipo agravado del artículo 123 CP, al incluir en el mismo un supuesto adicional no contenido en el precepto penal. En efecto, la Ley cuestionada no se limita tan sólo a imponer un deber de publicidad que coincida con el ámbito de la protección penal que ya existía para casos indefinidos, sino que también y a los efectos ahora planteados, establece la *fictio legis* de que los ultrajes y ofensas a la bandera de España se considerarán siempre como cometidos con publicidad a los efectos agravatorios previstos en el artículo 123 del Código Penal. En este sentido, es preciso distinguir, de un lado, el deber de publicidad de la bandera nacional y otras banderas y enseñas que se deriva de la Ley 39/1981, y la publicidad de los ultrajes y ofensas a las que se refiere la modalidad agravada del artículo 123 del Código Penal, de otro, puesto que una cosa es el deber de publicidad y ostentación de las banderas y otra distinta la publicidad en la comisión de los actos de ultrajes y ofensa a las banderas.

4. En conclusión, pues, no es posible considerar que el artículo 10, párrafo 3.º, de la Ley 39/1981 sea un simple complemento del artículo 123 del Código Penal, ni que estemos en presencia de un supuesto de remisión normativa en el que no es exigible la garantía de reserva de Ley orgánica prevista en el artículo 81.1 de la CE, puesto que, en realidad, no se trata de la integración de una Ley orgánica (en este caso de una Ley preconstitucional: el Código Penal) por una Ley ordinaria (la Ley 39/1981). Por el contrario, el artículo 10.3 de la Ley 39/1981 se remite al artículo 123 del Código

Penal para fijar la pena de los ultrajes y ofensas de la bandera de España a cuyo uso y utilización se refiere el artículo 3 de la citada Ley, considerándolas siempre cometidas con publicidad a efectos de determinar la pena a imponer. Es forzoso concluir, por ello, que el artículo 10, párrafo 3.º, de la Ley 39/1981, en cuanto obliga a aplicar siempre en todos los supuestos, con independencia de la forma en que se haya cometido el delito, la pena de prisión mayor, es contrario al artículo 81.1 de la CE por no tener el rango de Ley orgánica y procede declarar su inconstitucionalidad. En este sentido, es claro que la agravación penal de los ultrajes y ofensas a la bandera de España en la forma que ello hace la Ley 39/1981, y cualquiera que sea la técnica legislativa utilizada para ello, exige el rango de Ley orgánica de conformidad con lo dispuesto en los artículos 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 CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia,

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

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

Dada en Madrid a 16 de septiembre de 1992.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Luis López Guerra.—Fernando García-Mon y González-Regueiral.—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.—Firmado y Rubricado.