

INCENDIAR LA BANDERA, ¿DELITO o DERECHO?

por Simón Pardo

«Quod principi placuit, vigorem legis habet» ULPIANO
“parafraseando la máxima de Ulpiano, de este modo: «es delito lo que (o es reo el que) desagrada al soberano»” FERRAJOLI

Introducción

El artículo 222° segundo párrafo in fine del Código Penal castiga con una pena de uno a cuatro años a quien públicamente ultrajare la bandera, el escudo o el himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina. Este trabajo se propone reflexionar acerca de la compatibilidad de este artículo con la Constitución Nacional y la consecuente legitimidad que tiene el Estado para castigar este tipo de conductas.

La Corte Suprema no tiene jurisprudencia clara al respecto, pero sí la Corte Suprema estadounidense. La mayoría de la doctrina nacional tampoco se ha interiorizado en el análisis constitucional del tipo, a excepción de Donna. Autores como Roxin o Stratenwerth entienden que los tipos penales no pueden prescindir de la noción de bien jurídico y de igual modo coinciden Ferrajoli, Zaffaroni y Sancinetti.

Historia

El Código Penal de 1921 no incluía este tipo, pero sí lo hacía el Código de Justicia Militar¹. Donna² recopila antecedentes en el decreto 536/45, en los proyectos de código penal de 1937, en el de 1941 como delito contra la personalidad interna del Estado y en el de 1960 como delito contra los poderes públicos y el orden constitucional. En 1964, el tipo fue creado con una fórmula legal, una escala y una ubicación en Código que es la aún vigente. Esa ley fue derogada, se lo colocó en el artículo 230 bis y se modificó la escala penal por una que iba desde los dos meses a dos años, manteniendo la fórmula legal. Luego, se derogaron todas las leyes dictadas durante la autodenominada Revolución Argentina, así que la pena volvió a ser la de la ley original. Más tarde, Videla reinstauró el artículo 230 bis y mantuvo la pena, pero modificó la fórmula legal por una más laxa. Finalmente, la ley de Defensa de la Democracia derogó la reforma de la última dictadura, por lo que recobró vigencia el texto original.

¹El artículo 758 imponía una pena de hasta cinco años.

²DONNA, E. A., *Derecho Penal Parte Especial Tomo II-C*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 406

Bienes jurídicos, puntos de partida y límites constitucionales

Stratenwerth explica que es una falacia referirse al delito como ‘lo que debe ser penado’ por ser una tautología³: como es delito, debe ser penado y debe ser penado por ser delito.

Lo importante son las cualidades de las conductas que dan las *razones* para ser penadas, que no tienen que ver con las preferencias morales de la mayoría ni con un ‘mínimo ético’⁴ por una separación entre derecho y moral⁵ que data de siglos. Esas razones que justifican la punición es lo que llamamos *bienes jurídicos* penalmente tutelados y todos coinciden, para delimitarles su alcance, en los tres puntos que este autor resume:

En primer lugar, la *Constitución* determina los deberes de penalización, la medida de estos, su compatibilidad con los derechos fundamentales de los individuos y los objetos específicos de esa protección; en segundo lugar, es fundamental el principio de *proporcionalidad* entre las formas y medidas de la amenaza penal y los fines, haciendo una ponderación entre las utilidades y desventajas de una disposición penal como fundamento de una legislación racional sin perder de vista el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal; en tercer lugar, la *no contradicción* interna debe regir al ordenamiento por la expectativa de conducta que busca el derecho penal⁶.

Ello así, la constitucionalidad de los tipos penales es un elemento relevante a la hora de determinar su legitimidad dentro de un Estado Democrático de Derecho⁷⁻⁸.

³ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal Tomo 3*, Buenos Aires, EDIAR, 1998, p. 258. Lo llamasolipsismo jurídico deplorable.

⁴ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal Tomo 3*, Buenos Aires, EDIAR, 1998, p. 247. Explica que solo puede aceptarse en un Estado de Derecho dicha noción si se refiere a un piso mínimo de bienes jurídicos a proteger, descartando a la ética como uno.

⁵SANCINETTI, M., *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 111 y 112.

⁶STRATENWERTH, G., *Derecho Penal Parte General I*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007; p. 62 y ss.

⁷FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Valladolid, Trotta Editores, 1995, p. 364 y 365.

⁸ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General*, Madrid, CIVITAS, traducción de Luzón Peña, 1997, p. 55. “...un concepto de bien jurídico vinculante politicocriminalmente solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo.”

El artículo 19 de la Constitución Nacional dice que son acciones privadas aquellas que no dañan a terceros. Siguiendo esta idea, el Estado tiene una obligación de abstenerse de legislar en esa esfera siempre, pues ‘para que puedan prohibirse y castigarse conductas, el principio utilitarista de la separación entre el derecho y la moral exige además como necesario que dañen de un modo *concreto* bienes jurídicos ajenos’⁹. Misma idea comparte Nino¹⁰, basándose en Stuart Mill, quien dice que ‘la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es *razón* suficiente’¹¹.

El bien jurídico en el artículo 222º segundo párrafo in fine. Críticas.

Para la doctrina, lo que está haciendo el Estado es tutelar penalmente la figura de la bandera, del himno y los símbolos provinciales porque “lesiona el sentimiento de respeto de los argentinos por esos símbolos”; o “los símbolos de la nacionalidad o del carácter federal del país y el sentimiento de respeto que deben inspirar”¹²; o “o símbolos

⁹FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Valladolid, Trotta Editores, 1995, p. 223. En igual sentido, ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal Tomo 3*, Buenos Aires, EDIAR, 1998, p. 247, sostiene que un límite a la tipicidad es el artículo 19 CN y califica de autoritaria a toda pretensión paternalista. En contra, NINO, C. S., “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de ‘las acciones privadas de los hombres’?” *La Ley*, 1979-D, 1979, p. 743-758, donde sostiene que no todo paternalismo implica la profesión de una fe autoritaria.

¹⁰NINO, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 272 y 306. SANCINETTI, M., *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 81 y ss. critica esto sosteniendo que la interpretación correcta del artículo 19 de la Constitución Nacional no requiere que se genere un daño concreto, sino que basta con el *disvalor* de la decisión de acción tendiente a la lesión del bien jurídico que el derecho penal pretende evitar.

¹¹MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Buenos Aires, Aguilar, traducido del inglés por Josefa Sainz Pulido, p. 25.

¹²FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de Derecho Penal: Parte Especial Tomo IV*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 54. Solo se limita a criticar su ubicación dentro del Código Penal y confunde el objeto de la acción con el bien jurídico tutelado. En su tratado de 1998, directamente no los distinguía.

de respeto a los símbolos de la nacionalidad”¹³; o “el valor simbólico de los objetos y el sentimiento de respeto que inspiran”¹⁴. En clara disidencia, Donna dice que “se trata de símbolos que merecen respeto, pero que no necesitan este tipo de proyección [tutela penal], ya que no está claro que bien jurídico se protege y para qué, además de haber sido utilizado por los gobiernos militares de turno como arma de represión, sin mucho cuidado”¹⁵

Zaffaroni afirma, desde una posición intransigente, que no existen bienes jurídicos supraindividuales, sino que tan solo son de sujeto múltiple y a los que pretenden serlo los califica de “pobres mamarrachos”¹⁶ que intentan imitar un teocentrismo pre ilustrativo. Idea cercana tiene Roxin al afirmar que las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos y ejemplifica esto con la pureza racial nazi, no obstante entienda que también aplica a situaciones menos extremas¹⁷. Así, es razonable afirmar que *la exigencia de respeto a la bandera nacional y provincial, el escudo y el*

¹³BREGLIA ARIAS, O. y GAUNA, O., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado Tomo 2*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 509.

¹⁴D’ALESSIO, A. y DIVITO, M., *Código Penal Comentado y Anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 1112 y 1113. Hacen mención a la crítica de Donna.

¹⁵DONNA, E. A., *Derecho Penal Parte Especial Tomo II-C*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 406,

¹⁶ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal Tomo 3*, Buenos Aires, EDIAR, 1998, p. 248. “...se pretendió –y se logró– arrebatarse nuevamente la titularidad de los bienes a los hombres para dársela a unos pobres mamarrachos que pretendieron ocupar el lugar que ni Dios quiso ocupar y que se llamaron ‘Estado’, ‘clase’, ‘nación’, ‘partido’ y aún ‘sociedad’”. STRATENWERTH, G., *Derecho Penal Parte General I*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 66 y ss. Entiende irrazonable requerir *dogmáticamente* un bien jurídico individual a tutelar, puesto que hay normas que sirven a la “necesidad elemental de vivir en un orden social considerado correcto independientemente del propio bienestar” –como las que penan el maltrato animal–, a pesar de que un enfoque antropocéntrico de los bienes jurídicos ha ayudado en la despenalización de la sodomía o el consumo personal de marihuana. En igual sentido, ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General*, Madrid, CIVITAS, traducción de Luzón Peña, 1997, p. 59.

¹⁷ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General*, Madrid, CIVITAS, traducción de Luzón Peña, 1997, p. 56

himno bajo amenaza de coerción penal no es otra cosa que una finalidad ideológica no compatible con la Constitución. Ferrajoli, en clave hipotética, dice que los símbolos patrios podrían ser tutelados penalmente de manera legítima si no existiera una Constitución que protegiera otros bienes jurídicos, y si además se le sumara una fuerte legitimación de carácter moral que convirtiera en delito lo que la ley simplemente considerara incorrecto¹⁸.

Entre la inconstitucionalidad declarada y la indefinición local

En 1984, un ciudadano estadounidense incendió una bandera mientras se celebraba una convención Republicana, fue condenado y caso llegó a la Corte Suprema en lo que se conoció como *Texas v. Johnson*¹⁹. El Estado de Texas argumentaba que la prohibición de ultrajar la bandera tenía un doble fundamento: el primero, la defensa de la unión nacional al prohibir la lesión al sentido de nacionalidad; el segundo se refería a prevenir una rotura de la paz social. Para descartar el primer argumento, la Corte sostuvo que el interés que el Estado puede tener en incentivar un trato digno a la bandera –entiéndase escudo e himno también– no significa la habilitación constitucional a castigar los tratamientos que considera ultrajantes, sino que solo está habilitado legítimamente a persuadir y mostrar con el ejemplo el trato que considera que los símbolos patrios deberían recibir. En el caso argentino, el artículo 75.19 tercer párrafo de la Constitución encomienda al Congreso la tarea de sancionar leyes de organización y de base de la *educación*²⁰ que consoliden la unidad nacional y la promoción de los valores democráticos. Difícilmente de ello se logre fundamentar una tutela penal, siendo indudablemente la última *ratio* estatal.

Sobre la posibilidad de que el ultraje a la bandera interrumpa la paz social, la Corte respondió dos cosas: primero, que ese tipo de delitos que alteran el orden público e incitan a la violencia pueden ser subsumidos en otros tipos penales que prevengan la

¹⁸FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Valladolid, Trotta Editores, 1995, p. 364 y 365.

¹⁹491 U.S. 397 de 1989. El precedente fue confirmado en *United States v. Eichmanen* 496 U.S. 310 de 1990, luego de que el Congreso tipificara el delito como de carácter federal y la Corte declarara su inconstitucionalidad en 1990.

²⁰491 U.S. 421. En su voto concurrente, el juez KENNEDY sostiene que por mucho que reprobemos la conducta, debemos entender que ello es a lo que nos enfrentamos cuando consagramos símbolos que pueden ser afectados e, indirectamente, afectarnos a nosotros.

disrupción de la paz social sin necesidad de castigar específicamente el ultraje a la bandera; segundo, que un mensaje solo puede ser castigado para evitar la incitación o producción probable de una conducta ilícita inminente²¹ puesto que analizaron el caso bajo la lupa de la Primera Enmienda que protege la libertad de expresión. Sucintamente, la Corte sostuvo que un discurso sin intencionalidad discursiva es atípico²² y que uno con intención discursiva se deduce de la intención del sujeto activo o, si no tiene intención de ello, por el contexto.

En estas últimas dos circunstancias está constitucionalmente protegido por la libertad de expresión. En resumen, si el sujeto no quiere comunicar nada es penalmente irrelevante y, si lo quiere o se lo infiere, está amparado por la Constitución²³. Sobre esto, la Corte argentina no se pronunció sino más bien tangencialmente, sosteniendo que la objeción de conciencia habilita a no venerar activamente los símbolos patrios, pero sí es exigible una actitud de reserva como forma de *respeto*²⁴. Sólo invocó el desaparecido

²¹NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, ASTREA, 2005, p. 269. “Para los casos en que se procura restringir expresiones de incitan a la violencia o que atentan contra la seguridad nacional, el test que la Corte norteamericana ha empleado es el del ‘peligro claro y presente’: el test fue desarrollado por Oliver Wendell HOLMES Jr. en *Schenk v. United States* y *Abrams v. United States*, (...) [se intensificó] a partir de *Brandenburg v. Ohio*, en el que se revocó la condena de un miembro del Ku Klux Klan sobre la base de una ley que era inconstitucional, según la Corte, por no estar dirigida a evitar la incitación o producción probable de una *conducta ilícita inminente*”

²²La Corte da el ejemplo de alguien que arrastra una bandera entre el barro, luego de volver cansado de un recital o manifestación, no ataca el sentimiento de unidad nacional ni incita a la ilicitud. Sobre esto, toda la doctrina coincide unánimemente, especialmente luego de la derogación de la ley 21.338 en la que Videla había modificado el verbo típico de ultrajar a simplemente menospreciar.

²³NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, ASTREA, 2005, p. 261. El «principio de Mill» solo permite prohibir discursos cuando estos pongan en jaque otros bienes, otorgándole irrelevancia a las mentiras o injurias.

²⁴Fallos 328:2966. La provincia de Neuquén despidió una docente, testigo de Jehová, por no cantar el himno ni venerar los símbolos patrios. La Corte rechazó el recurso extraordinario, pero HIGHTON sí votó en el sentido indicado, diferenciando el respeto

230 *bis* en el *obiter* de sentencias²⁵ que son francamente autoritarias y muy anteriores a la reforma constitucional de 1994. Los tribunales inferiores han guardado silencio por más de treinta años²⁶ por lo que cabe pensar en la posibilidad de que la norma haya caído en desuetudo²⁷.

Conclusión

No es compatible con un Estado Democrático de Derecho la conminación penal para respetar los símbolos patrios ya sea porque viola el requisito de bien jurídico no ideológico o necesario para mantener la convivencia social²⁸ o porque viola la libertad de expresión o la objeción de conciencia. Ello no obsta a la tutela de la paz mediante otros tipos penales o contravencionales. En definitiva, los tipos penales no solo deben ser derivados de la Constitución, proporcionados y no contradictorios, sino que tampoco pueden ser tautológicos o puramente ideológicos y por ende arbitrarios. El delito por pasivo de la veneración activa, cosa que considero irrelevante para el análisis constitucional que aquí se hace porque el tipo penal es comisivo.

²⁵Fallos 304:1293 en el que un niño de diez años fue expulsado de su escuela en Río Gallegos por no rendirle homenaje a la bandera. Dos ministros convalidaron la decisión y los otros tres dejaron sin efecto la expulsión, pero recomendaron otras sanciones menos graves; y 305:1784 en el que expulsaron de todos los establecimientos educativos del país a un menor que no aceptó ser escolta de la bandera nacional. Por unanimidad y siguiendo el dictamen del Procurador, la Corte rechaza el recurso extraordinario y deja firme la expulsión. En ambos casos se trataba de testigos de Jehová.

²⁶El último caso citado por varios es *Frávega Luis M. y otra* del 30/04/1987 de la Sala II de la Cámara Federal Criminal y Correccional de la Capital Federal, *La Ley*, 1987-D, 1987, p. 480.

²⁷No obstante, existe el proyecto de ley 3216-D-2019 del diputado salteño Alfredo Olmedo.

²⁸SANCINETTI, M., *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 112 y ss. Habla in extenso acerca de la necesidad de diferenciar la valoración puramente normativa de la valoración de los sujetos hacen de lo que la norma valora que es, por ende, un control sobre su legitimidad. En igual sentido, ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General*, Madrid, CIVITAS, traducción de Luzón Peña, 1997, p. 63

definición es una infracción a la norma, pero no puede ser delito incumplir lo que la norma prescribe sin más razones. El delito que castiga la desobediencia de lo que la ley prescribe sin fundamento válido no es otra cosa que el delito por el delito mismo, es decir, una arbitrariedad. Como tal, es abiertamente inconstitucional.

BREGLIA ARIAS, O. y GAUNA, O., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado Tomo 2*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

D'ALESSIO, A. y DIVITO, M., *Código Penal Comentado y Anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

DONNA, E. A., *Derecho Penal Parte Especial Tomo II-C*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.

FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Valladolid, Trotta Editores, 1995.

FONTÁN BALESTRA, C., *Tratado de Derecho Penal: Parte Especial. Tomo IV*, Buenos Aires, La Ley, 2014.

MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Buenos Aires, Aguilar, traducido del inglés por Josefa Sainz Pulido.

NINO, C. S., Nino, Carlos S., “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de ‘las acciones privadas de los hombres’?” *La Ley*, 1979-D, 1979, p. 743-758.

—, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

SANCINETTI, M., *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

STRATENWERTH, G., *Derecho Penal Parte General I*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007

ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal. Tomo 3*, Buenos Aires, EDIAR, 1998,