

# LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS SÍMBOLOS DEL ESTADO A REVISIÓN

## UNA RELECTURA ACORDE CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CON EL ESPÍRITU DE TOLERANCIA DE UNA SOCIEDAD PLURALISTA

**Joan Ridao Martín**

*Profesor titular (a) de Derecho Constitucional  
Letrado Mayor del Parlamento de Cataluña  
[jridao@ub.edu](mailto:jridao@ub.edu)*

Recibido: 01-07-2019

Aceptado: 30-09-2019

### SUMARIO

*I. Introducción: las tensiones a que se ve sometida la libertad de expresión en nuestros días*

*II. La libertad de expresión en la Constitución y en los pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos: un bosquejo*

*III. Los límites de la libertad de expresión en la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*

*IV. Los símbolos del Estado: la bandera y el himno*

*1. El alcance y valor actual de los símbolos oficiales*

*2. La bandera de España y las enseñas autonómicas*

*2.1. La obligación de utilizar la bandera en los edificios públicos y en actos oficiales*

*2.2. La prohibición de exhibir banderas partidistas en edificios públicos y de utilizar de forma partidista la bandera de España*

*2.3. La protección penal y legal de la bandera: los ultrajes*

*3. El himno*

*3.1. Origen y regulación del himno*

*3.2. La respuesta sancionadora en el orden administrativo y jurisdiccional*

*V. Una breve reflexión conclusiva*

*VI. Bibliografía*

## ***I. Introducción***

La libertad de expresión se ha visto sometida últimamente a tensiones insólitas, que han suscitado una viva polémica social, política y doctrinal, por apreciarse, en muchos casos, un ejercicio desviado del fundamento democrático de tal derecho. Esos conflictos, no siempre relativos a los derechos de la personalidad o de la información, tienen que ver en numerosas ocasiones con la exhibición de símbolos del Estado u otros no oficiales.

Como tendremos ocasión de examinar, esas restricciones a la libertad de expresión tienen dos cauces preferentes: el penal y el administrativo, constituido el primero por el Código Penal (CP) y el segundo por la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana, pero especialmente, como veremos, por algunas leyes sectoriales como la que persigue y sanciona la violencia en el deporte. Así, salvo contadas excepciones, la jurisdicción ha sido notablemente severa en la aplicación del delito de ultrajes a situaciones en las que no era constatable la presencia del ánimo de injuriar (en la quema de banderas, por ejemplo) y que podían muy bien constituir un ejercicio del derecho a la libertad de expresión de ideas, creencias y sentimientos, proclamado en el artículo 20 de la Constitución (CE).

En concreto, por lo que a la protección penal de la bandera se refiere, el artículo 543 CP incrimina los ultrajes a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas efectuados con publicidad. Desde la perspectiva jurídico-penal, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que el bien protegido implica que el comportamiento ilícito deba ser verdaderamente lesivo o causante de un perjuicio social innegable y esté provisto de un contenido antijurídico material indudable (STS de 7 de febrero de 1981). Siendo así que el ejercicio de la libertad de expresión podría constituir en muchos casos una circunstancia eximente, pese a que el ejercicio de ese derecho no es ilimitado, y que entre sus contornos está precisamente el mantenimiento del orden público determinado por la ley (STS de 7 de febrero de 1990; STS de 28 de abril de 1995). No se trata sin embargo de una cuestión fácil: en unos casos, los tribunales han apreciado la existencia de delito por el sólo hecho de quemar una bandera en presencia de varias personas (STS 26 de junio de 1996, SAP Barcelona, Sección Cuarta, de 5 de octubre de 2009, SAP Valencia, Sección Primera, de 24 de marzo de 1999). En otros, por la dinámica comisiva verbal o incluso implícita u omisiva (Sentencia de la AP de Guipúzcoa, Sección Segunda, de 23 de enero de 2002). Además de que el delito de ultraje constituye un tipo penal perfectamente contingente dentro de la mirada punitiva del Código penal, ya que las manifestaciones ultrajantes contra España, sus comunida-

des autónomas (CA) o sus símbolos podrían reconducirse a los delitos de desórdenes públicos de los artículos 557 y siguientes, también del Código penal, amén de a la ya citada vía administrativa si, como se dirá, se constata la existencia de un riesgo perceptible de violencia (por ejemplo en el ámbito deportivo) o de discriminación.

Precisamente, la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, que desarrolla el artículo 4 CE, vino a contrarrestar la ausencia de la bandera española en edificios públicos señaladamente en el País Vasco y Navarra. De ahí que la bandera de España deba ondear todos los días y en todos los lugares designados por esa norma y que las SSTS 2617/1988, de 14 de abril; 5429/2007, de 24 de julio; 6564/2008, de 2 de diciembre; 7725/2011, de 17 de noviembre y 2403/2016, de 7 de junio, hayan fijado una consolidada doctrina sobre la obligatoriedad de colocar dicha enseña en edificios públicos, lo cual ha sido reiterado, como tendremos ocasión de comprobar, por otras instancias jurisdiccionales inferiores.

Sectorialmente, la Ley 19/2007, sobre violencia en el deporte, define como actos o conductas violentas o que incitan a la violencia la exhibición de símbolos y la entonación de cánticos que, por su contenido o por las circunstancias en que se utilicen, inciten o ayuden a la realización de comportamientos violentos o terroristas, o constituyan un acto de menosprecio a las personas participantes en el espectáculo deportivo. Como veremos, la presencia de algunos de esos elementos podría haber comportado una adecuada ponderación entre la libertad de expresión y el contexto sociopolítico y cultural en que se produjeron, por ejemplo, la celebración de acontecimientos deportivos que contaban con la presencia –no siempre habitual– de autoridades políticas o del propio jefe del Estado; además de que podría haberse valorado debidamente si esas manifestaciones eran constitutivas de una efectiva situación de riesgo o de violencia para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH).

En este contexto, además, debe hacerse mención a un nuevo y espinoso debate sobre el alcance y desarrollo de nuestros derechos y libertades: se trata de un asunto que requiere una adecuada interpretación de la libertad de expresión en el contexto de una sociedad cambiante, en la que aparecen nuevos fenómenos, prácticas o relaciones sociales y políticas, como es la exhibición en el espacio público o en el ámbito de las instituciones de símbolos políticos distintos de los oficiales, como las banderas no oficiales (republicana, «esteladas», etc.) Se trata de una cuestión que ha propiciado un debate acerca del alcance de la libertad de

expresión e incluso ha dado lugar a distintas propuestas de regulación en aras a la preservación de la neutralidad del espacio público.

A este respecto, la jurisprudencia se ha manifestado de forma clara y constante acerca de que las administraciones públicas, como manifestación de que sirven con objetividad a los intereses generales (art. 103 CE), deben actuar con pleno sometimiento a la ley y al derecho. Por lo que solo pueden exhibir en sus edificios la bandera de España y sus homólogas autonómicas, y no otras banderas como la republicana o la «estelada», especialmente en los períodos electorales (STSJM 1335/2003, de 15 de diciembre; STSJ C-L 5043/2015, de 29 de octubre; STSJ del País Vasco 2932/2014, de 29 de septiembre; STS 1841/2016, de 28 de abril; STSJ de Navarra 589/2016, de 21 de abril; STS 933/2016, de 28 de abril; STS 841/2017, de 1 de marzo).

Por otra parte, este debate acerca de la licitud o no de la exhibición de símbolos no oficiales por parte de responsables públicos (en el espacio público o incluso en la sede de instituciones) nos remite a cuestiones como el deber de los poderes públicos de abstenerse y no intervenir en la esfera ideológica, de preservar el carácter objetivo, imparcial y neutral que debe presidir su actuación, o sobre el deber de proteger los intereses generales de todos los ciudadanos, independientemente de su ideología. Ni la Constitución ni la legislación vigente (v. gr. en materia de estatuto de los empleados públicos o de patrimonio de las administraciones públicas) incluyen dentro de las potestades y finalidades asignadas a las administraciones públicas una actuación, siquiera simbólica, de promoción o difusión de reivindicaciones políticas, del signo que sean, y que pueden ser vistas como representativas de una determinada ideología y una intromisión ilegítima en la esfera ideológica de determinados ciudadanos no identificados con la misma.

No obstante, la realidad es bien distinta: con ocasión de protestas contra la participación de España en la guerra de Irak o contra los recortes sociales, la exhibición de determinados símbolos políticos en el espacio público no ha estado en cuestión. La pregunta que debemos formularnos es si en una democracia activa, en la que se debate permanentemente sobre los límites de los derechos y libertades, conviene defender un concepto amplio del uso político del espacio público como lugar de debate de ideas –sin dejar de considerar determinadas conductas conexas como los daños al mobiliario público o la violencia entre partidarios y detractores de determinados símbolos–. Cosa distinta es la utilización de las instituciones o instalaciones públicas para exhibir en ellas símbolos políticos, especialmente en contextos como los electorales, debido al principio constitucional de objetividad de las administraciones públicas (art. 103 CE) y al hecho

de que estas no son sujetos de derechos fundamentales, y tampoco de la libertad de expresión. Con todo, y ello es relevante, en ocasiones el problema excede de la esfera de la policía administrativa o de seguridad, pues, frecuentemente, la exhibición de determinados símbolos responde a acuerdos políticos de los órganos capacitados para ello, lo que ha dotado a dichas acciones como mínimo de una apariencia de legitimidad democrática, pese a colisionar con el ordenamiento jurídico (STS 933/2016).

## ***II. La libertad de expresión en la Constitución y en los pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos: un bosquejo***

La libertad de expresión aparece regulada en el artículo 20 CE como valor objetivo y esencial del Estado democrático, y comprende la protección del derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Es en ese sentido que es ante todo un derecho fundamental de libertad frente al poder, e implica el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental: la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político –valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático–, a tal grado que, en ausencia de ese derecho, no puede haber una participación genuina de los miembros de una sociedad en el proceso decisorial.

Es por ello que la libertad de expresión ocupa un lugar prominente en los textos constitucionales de todos los Estados de nuestro entorno, y también en los pactos y declaraciones internacionales que consagran los derechos humanos. El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece que «[t]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión»<sup>1</sup>. A su vez, el artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos determina que «[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección»<sup>2</sup>.

1 Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), 10.12.1948.

2 Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, 30.04.1977).

En congruencia con esto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas –en su observación del cumplimiento del artículo 19 de los Pactos de Nueva York– ha venido declarando, tradicionalmente, su preocupación en relación con leyes sobre cuestiones tales como la *lèse majesté*, el desacato, la falta de respeto a la autoridad o a las banderas y los símbolos, la difamación del jefe de Estado y la protección del honor de los funcionarios públicos. En este contexto, ha advertido que las leyes no deben establecer penas más o menos severas en función de la persona criticada y que los Estados partes del Pacto no deben prohibir la crítica de las instituciones, como el ejército o la Administración. En la misma línea, el relator especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, entre las recomendaciones de su informe de junio de 2012 incluyó la siguiente:

*«La difamación no debe constituir un delito penal en ningún Estado. Las leyes penales sobre difamación son intrínsecamente severas y surten un efecto desproporcionado y paralizante sobre la libertad de expresión»<sup>3</sup>.*

A su vez, el artículo 10.2 CEDH determina que «[el] ejercicio de estas libertades [opinión y expresión], que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». Con todo, la Resolución 1577 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, «Hacia la despenalización de la difamación», contiene la siguiente declaración:

*«La Asamblea considera que las penas de prisión por difamación deben abolirse sin más demora. En particular, exhorta a los Estados cuya legislación todavía prevea penas de prisión –aun cuando estas no se impongan en la práctica– a eliminarlas inmediatamente, para no servir de excusa, aun siendo injustificada, a los Estados que siguen imponiéndolas, provocando así la degradación de las libertades fundamentales<sup>4</sup>.»*

3 Informe del relator especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión (junio de 2012). Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-30\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-30_sp.pdf) [última consulta: 22.11.2018].

4 Disponible en: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/eres1577.htm>

Desde una perspectiva interna, no debe olvidarse que, conforme al artículo 10.2 CE, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución han de interpretarse de acuerdo con las normas internacionales ratificadas por el Estado español. Lo que supone que, a la hora de examinar el alcance de la libertad de expresión a la luz de la Carta Magna, ha de tomarse en consideración no solo la letra de los tratados y convenios internacionales, sino también la interpretación que de los mismos han hecho los organismos internacionales competentes y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH). En todo caso, se trata de una cuestión compleja y en que la doctrina constitucional ha exhibido una ejecutoria oscilante. En términos generales, sin embargo, la libertad de expresión alcanza, según el TC la «libre manifestación de creencias, juicios o valoraciones subjetivas» (STC 235/2007, de 7 de noviembre), y comprende «junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige» (STC 6/2000, de 17 de enero, y 108/2008, de 22 de septiembre), pues así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática<sup>5</sup>. Por ello mismo, como había declarado de forma temprana el Alto Tribunal, el derecho consagrado en el artículo 20 CE protege a todos los ciudadanos «frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la ley, e incluso frente a la propia ley en cuanto esta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (artículos 20.4 y 53.1) admite» (STC 6/1981).

Así, la libertad de expresión (al igual que la de información) tiene una magnitud especial en nuestro ordenamiento jurídico, «en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 104/1986, de 17 de julio, y 78/1995, de 22 de mayo, entre otras muchas)» (STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 3). De modo que las libertades del artículo 20 CE no solo se fundamentan en el legítimo interés de su titular, sino también en el interés general de la sociedad democrática; es decir que, por el hecho de que «las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyen, en consecuencia, a la formación de la opinión pública» (STC

[última consulta: 22.11.2018].

<sup>5</sup> En referencia a la más reciente doctrina constitucional –en términos ajustados a la doctrina emanada del Tribunal de Estrasburgo–, no podemos desconocer, como tendremos ocasión de analizar en otro momento, que el concepto y la naturaleza jurídica de las libertades de expresión fueron tratados de forma primeriza por el Tribunal Constitucional, entre otras, en las STC 6/1981, 77 y 86/1982, 13/1985, 63/1987 y 64/1989.



107/1988), estas alcanzan su máximo nivel de eficacia justificadora en relación, por ejemplo, con el derecho al honor o a la intimidad personal:

*[...] quienes tienen a su cargo la gestión de una Institución del Estado deben soportar las críticas de su actividad, por muy duras, e incluso infundadas, que sean, y, en su caso, pesa sobre ellos la obligación de dar cumplida cuenta de su falta de fundamento» (STC 143/1991, FJ 5; 148/2001; y 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 4).*

Así lo ha sostenido la propia jurisdicción ordinaria:

*«Pero de ningún modo los personajes públicos pueden sustraer al debate público la forma en la que se presta un servicio público, esgrimiendo la amenaza del ius puniendi del Estado contra todo aquel que divulgue irregularidades en su funcionamiento, siempre que estas sean diligentemente comprobadas y sustentadas en hechos objetivos» (STS 2/2001, Sala Segunda, de 15 de enero).*

De esta concepción de la libertad de expresión se deduce, pues, su carácter preferente incluso sobre otros derechos fundamentales. Esa prevalencia, no obstante, se ha ido modulando a lo largo de la evolución doctrinal del Tribunal Constitucional para evitar que un cierto automatismo en el entendimiento de la misma se acabase trocando en una suerte de «ordenación jerárquica» de los derechos fundamentales en presencia, con exclusión de la necesaria e insoslayable labor de ponderación judicial entre los derechos en juego en cada caso<sup>6</sup>.

### ***III. Los límites de la libertad de expresión en la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos***

La libertad de expresión, como todos los derechos, tiene sus límites. No obstante, dada la posición prevalente y sustancial que ocupa en una sociedad democrática y pluralista, sin cuyo reconocimiento y protección no es posible su buen funcionamiento, dichos límites precisan de una justificación vigorosa. Así, el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el ejercicio de este derecho «entraña deberes y responsabilidades especiales» y

6 *Vid.* Álvaro Rodríguez Bereijo, conferencia pronunciada en la Escuela de Periodismo UAM/*El País*, el 6 de marzo de 1997. Disponible en: [https://elpais.com/diario/1997/03/07/sociedad/857689213\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1997/03/07/sociedad/857689213_850215.html) [última consulta: 22.11.2018].



que, «[p]or consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas». Y el artículo 20 determina que toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación o la violencia debe estar prohibida por ley.

Por su parte, el artículo 20.4 CE establece que «[e]stas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Su constitucionalización ha suscitado un debate paralelo, sobre si a partir de esos contornos es posible inferir otros que autoricen a restringir la libertad de expresión, aunque no estén previstos en la Constitución. Se trata de una cuestión muy relevante, puesto que esta posibilidad no plantea un problema meramente teórico, que también, sino sobre todo de orden práctico, en la medida que algunas sentencias del TC han reconocido que la «moral pública» o la «buena fe» pueden actuar como límites<sup>7</sup>.

En todo caso, la doctrina constitucional no ha sido lineal a lo largo de sus casi cuarenta años de trayectoria a la hora de resolver los conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos o límites, como los que prevé el citado artículo 20.4 CE. en motivar las resoluciones judiciales. A partir de los años 1980 el TC abandonó la perspectiva formal de la ponderación para pasar a caracterizar la libertad de expresión de forma amplia<sup>8</sup>, bajo la clara influencia de la doctrina del

7 Puede encontrarse una interesante perspectiva de estos límites y de su evolución en el estudio de Mercè BARCELÓ SERRAMALERA (2004).

8 En relación con el ejercicio de las libertades de expresión y sus límites hay que señalar las STC 6/1981, 104/1986, 159/1987, 107/1988, 214/1991, 85/1992, 15, 178 y 336/1993, 42/1995, 136/1999 y 121/2002. Sobre cuestiones relativas al derecho al honor, STC 107/1988, 214/1991, 183/1995, 6 y 138/1996, 3/1997; en cuanto al derecho a la intimidad, las STC 110/1984, 197/1991, 20 y 40/1992 y 115/2000; y en relación con el derecho a la propia imagen, las STC 99/1994, 81 y 139/2001 y 83/2002. Tratan de la protección de la infancia y de la juventud, las STC 62/1982, 49/1984, 153/1985. Un resumen de la jurisprudencia sobre la titularidad y el contenido de las libertades de expresión y de información se encuentra en las STC 6/1981, 12/1982, 105, 120/1983, 51/1985, 104/1986, 159/1986, 159 y 165/1987, 6, 107/1988, 20, 105, 120, 137, 171, 172/1990, 197 y 214/1991, 20, 40, 85, 190, 219, 223 y 240/1992, 15, 123, 178 y 336/1993, 41, 94, 117, 136, 170, 297/1994, 22, 42, 66, 168, 137, 176/1995, 19, 28, 47, 52/1996, 51/1997. En las relaciones entre titulares y ejercicio de las libertades de expresión destacan: a) libertad de expresión y parlamentarios, las STC 36/1981, 243 y 248/1988, 9/1990, 206/1992, 30/1997; b) libertad de expresión y funcionarios, las STC 81/1983, 97/1985, 6/1988, 69/1989, 371/1993, 270, 273 y 288/1994, 127/1995, 241/1999; y c) libertad de expresión y relaciones laborales, las STC 120/1983,

TEDH, que había configurado la libertad de expresión como la garantía de una institución política fundamental y requisito para el buen funcionamiento del Estado democrático. A partir de ese momento, el sesgo imprimido fue muy relevante (v. gr. STC 6/1988, de 21 de enero), pues se empezó a dar amparo a «aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público»<sup>9</sup>; o que supongan la «emisión de pensamientos, ideas u opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar como datos objetivos»<sup>10</sup>. El TC también empezó a asumir, y ello es muy relevante, que la libertad de expresión, junto a la mera manifestación de juicios de valor, puede ser demostrativa de «la crítica de la conducta de otros, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los que no existe una sociedad democrática» (STC 23/2010, FJ 3).

Con todo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, el TC estableció que, si bien «el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos» dispone de un campo de acción que solo viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición<sup>11</sup>, no es menos cierto que no se reconoce constitucionalmente en modo alguno, protegido bajo el manto de ese derecho fundamental, un pretendido «derecho al insulto». Por ello, quedan proscritas las expresiones «formalmente injuriosas»<sup>12</sup> o «absolutamente vejatorias»<sup>13</sup>. Por lo tanto, el hecho de que la Constitución no vede el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas en cualquier circunstancia no significa que de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1.a CE se excluyan las expresiones vejatorias; es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar opiniones o informaciones<sup>14</sup>. Esta doctrina resulta igualmente aplicable cuando concurre el carácter público en las personas destinatarias de tales expresiones que no quedan

88/1985, 20, 126 y 171/1990, 240/1992, 7, 14, 286 y 292/1993, 6/1995, 106 y 186/1996, 1/1998, 90/1999. Las garantías específicas de las libertades de expresión, en concreto, la prohibición de censura y los secuestros de publicaciones, se tratan en las STC 52/1983, 13/1985, 147/1987, 199/1987, 171 y 172/1990, 31/1994, 52/1995 y 187/1999.

9 STC 107/1988, FJ 4; 171/1990, FJ 10; 204/2001, FJ 4; y 81/2006, FJ 5.

10 STC 139/2007, FJ 6; y 79/2014, FJ 6.

11 STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4; 56/1995, FJ 5; 11a2/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 65/2015, FJ 3.

12 STC 107/1988, FJ 4; 105/1990, FJ 8; 200/1998, FJ 5; 192/1999, FJ 3.

13 STC 2014/2001, FJ 4; 174/2006, FJ 4; 9/2007, FJ 4.

14 STC 1/1998, de 12 de enero; 180/1999, de 11 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; 49/2001, de 26 de febrero; y 204/2001, de 15 de octubre.

privadas de ser titulares del derecho al honor que garantiza el artículo 18.1 CE<sup>15</sup>. También en este ámbito es preciso respetar la reputación ajena y el honor, porque estos derechos «constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar»<sup>16</sup>. Todo ello, en aplicación de la doctrina del TEDH.

Por otra parte, el TC también ha considerado que la libertad de expresión no constituye un derecho absoluto frente a necesidades sociales imperiosas o la protección de la dignidad humana (STC 112/2016, de 20 de junio)<sup>17</sup>, sino que es un presupuesto ineludible para consolidar una sociedad democrática, fortalecer las libertades constitucionales, formar la opinión pública, garantizar el pluralismo deliberativo y, sobre todo, permitir un control responsable y no institucional de las instancias públicas. Sobre el alcance del artículo 20 CE, el TC ha garantizado un interés constitucional, como es «la formación y existencia de una opinión pública libre, [...] condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al fundamento de un sistema democrático, [convertido] a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática»<sup>18</sup>.

Por lo que al TEDH se refiere, asumió sin reservas la liberal jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en sentencias sobre la libertad de prensa y en relación con injurias contra personas de público relieve. Esta línea, acogida por nuestro TC, pasa por diferenciar entre asuntos públicos y asuntos privados; personajes públicos y privados; hechos y opiniones, considerando que la libertad de expresión es más amplia cuando incumbe a asuntos o personajes de proyección pública, debido a que el debate o la condición de los mismos es hábil para la defensa de los valores democráticos que ha dicho siempre defender.

Así, cuanto a la libertad de opinión política derivada del artículo 10 del Convenio de Roma, el TEDH ha establecido desde antiguo una prolija jurisprudencia en la que ha fijado una interpretación amplia, dejando a los Estados un espacio muy reducido para su restricción. El Tribunal de Estrasburgo ha considerado que la «libertad del debate político está en el mismo corazón de la sociedad democrática que impregna todo el Convenio», en lo que constituye un criterio particularmente extensivo del pluralismo político (de comportamientos, de ideas e instituciones). Ese pluralismo, del que el Estado ha de ser garante, ampara las opiniones e ideas consideradas inofensivas, y también «aquellas que ofenden, chocan o

15 STC 190/1992, FJ 5, y 105/1990, FJ 8) [STC 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 5.a]

16 STC 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5, y 76/2002, de 8 de abril, FJ 2.

17 *Vid.* los arts. 10 y 17 CEDH y la STEDH del caso *Le Royer c. Francia*, de 2 de octubre de 2008.

18 STC 235/2007, FJ 4, reiterada por la STC 79/2014, FJ 6.

molestan al Estado o a una parte de la población», ya que «tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no hay sociedad. Por ello, el TEDH ha aceptado poquísimas excepciones a la regla general, basadas en la aplicación del artículo 17 del CEDH, referidas al uso de doctrinas totalitarias, a discursos revisionistas del Holocausto o a casos de discriminación racial. Así, la libertad de expresión alcanza una protección especial cuando se ejerce en el debate político. Según el TEDH, «preciosa para cada persona, la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario exigen que el Tribunal lleve a cabo uno de los controles más estrictos».

Fijados el alcance y los límites de la libertad de expresión, claro está que lo complejo del asunto reside en la ponderación en cada caso de los elementos en juego, especialmente en el marco de un derecho de amplio espectro y fundamento del Estado democrático, con el fin de evitar restricciones tan innecesarias como indeseables en un terreno tan lábil como el de la opinión o las ideas. Pero, por lo pronto, se impone un examen y por qué no una revisión de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia ordinaria a la luz de los recientes pronunciamientos del TEDH, además que el legislador reexamine los delitos de injurias a la Corona y de ofensas a símbolos como la bandera o el himno.

#### ***IV. Los símbolos del Estado: la bandera y el himno***

##### **1. El alcance y valor actual de los símbolos oficiales**

Los símbolos oficiales son una de las expresiones de las comunidades políticas, pues las identifican y actúan como elemento de integración (según la conocida STC 94/1985, de 29 de julio, trasciende la materia sensible del elemento representado), además de exaltar los valores y sentimientos que se quieren defender. En otras palabras, un objeto —por ejemplo, la bandera— puede tener significaciones distintas que solo se aclaran mediante la referencia simbólica que determinadas personas vean en él y, a la vez, puede tener significaciones para un sujeto y no tenerlas para otros.<sup>19</sup> En derecho público, la representación de un ente (un Estado, una comunidad autónoma, un municipio o una corporación) se hace a tra-

<sup>19</sup> Manuel GARCÍA-PELAYO (1991), pp. 987 y ss. En el mismo sentido, *vid.* Klaus STERN (1987), pp. 505-521; y Jaime VERNET I LLOBET (2003), pp. 102 y ss.

vés de diferentes medios: puede ser visual (dinámica o estática), auditiva (música y letra) o festiva. Es una práctica común, pues, el hecho de recurrir a banderas, escudos o himnos<sup>20</sup>.

En muchos casos, estos símbolos se encuentran constitucionalizados. La Constitución francesa regula la bandera junto a la lengua, el himno (*La Marsellesa*), el lema de la República («Libertad, igualdad, fraternidad») y sus principios nacionales («Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo») –art. 2–. La Constitución de Portugal regula la bandera, junto con el himno y la lengua oficial –art. 11–. La Constitución alemana regula la bandera –art. 22.2– inmediatamente después de la capitalidad. También la Constitución italiana regula la bandera –art. 12–, así como la Constitución de Austria –art. 8.a.I–, por remisión a una ley federal de desarrollo, especialmente sobre protección de los colores, del escudo y del sello de la República. En otros casos, la bandera no se menciona en la Constitución: Suiza, Suecia, Luxemburgo, Dinamarca, Países Bajos, Finlandia, Malta, Bélgica, Grecia y Polonia. Muchas de las constituciones de estos países establecen una reserva de ley o se remiten a una regulación legal postrera.

En España, la discutible eficacia de los instrumentos que habrían de conformar el proceso de nacionalización española del siglo XIX, debido a las insuficiencias modernizadoras del Estado liberal, hizo posible la difusión de símbolos nacionales informales, desde zarzuelas patrióticas hasta símbolos populares, de modo que la presencia de estos símbolos desempeñara un papel importante. Más adelante, la dictadura de Primo de Rivera supuso una renacionalización en clave tradicionalista –y con ingredientes autoritarios–, que comportó un refuerzo de la presencia simbólica ya sea de la bandera bicolor o de la *Marcha Real* en procesiones y conmemoraciones<sup>21</sup>. Durante el franquismo, los símbolos fueron identificados con una sola versión del españolismo militarista, católico y autoritario. Más adelante, el creciente regionalismo contribuyó a crear símbolos, imágenes y discursos de cierto contenido vindicativo, y a dar lugar a un elenco de iconos culturales y de símbolos.

Durante la Transición, el nacionalismo español de vocación democrática se enfrentó al desafío de aceptar la pluralidad cultural, como consecuencia de la puesta en marcha del Estado de las autonomías y la pulsión de los nacionalismos subestatales. También la bandera tricolor resurgió como emblema de la izquierda

20 Dan SPERBER (1988); Rudolf SMEND (1985), pp. 97-98; Ángel GARRORENA MORALES (2005), p. 1016.

21 Faustino MENÉNDEZ PIDAL, Hugo O'DONNELL y Begoña LOLO (2000).

da opuesta a una monarquía heredada del franquismo, aunque su exhibición estuvo prohibida los primeros años en paralelo con la no legalización de los partidos republicanos para las primeras elecciones democráticas del 15 de junio de 1977. Más tarde, coincidiendo con el señoreamiento desacomplejado de distintivos regionales, la izquierda política mayoritaria propició un acuerdo constitucional sobre los símbolos, plasmado en el artículo 4.1 CE.

En efecto, los debates de las Constituyentes en este punto se caracterizaron por su laconismo, con algunos ribetes de querellas históricas<sup>22</sup>. El resultado final fue que la Constitución de 1978, siguiendo a otras europeas, regula la bandera de España y reconoce las banderas y enseñas propias de las comunidades autónomas, las cuales, apostilla, «se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales»<sup>23</sup>. Los restantes símbolos se regulan por ley, salvo el himno (la *Marcha Granadera* o *Marcha Real*), regulado posteriormente por el Real decreto 1560/1997, de 10 de octubre<sup>24</sup>. Por su parte, la Ley 39/1981, de 28 de octubre<sup>25</sup>, adoptada el mismo año en que tuvo lugar el fallido golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 (23-F), regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas. Dicha ley establece que «[l]a bandera de España simboliza la nación; es signo de la soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución» (art. 1), por lo que, sin excepción alguna, «deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y estableci-

22 Algunos portavoces de la izquierda, como el representante comunista Jordi Solé Tura (PCE-PSUC) o el socialista Gregorio Peces-Barba insistieron en la necesidad de que los símbolos españoles dejaran de serlo de «opresión». Y el independiente Justino de Azcárate, exiliado durante casi cuarenta años, pidió que se eliminara el escudo diseñado durante la Guerra Civil por los franquistas. Precisamente el conservador Abel Matutes, de Alianza Popular (AP), situó el origen del problema no en la continuidad de la simbología franquista sino en que «algunos grupos políticos, hasta hace muy pocos meses [...], han propugnado otra bandera como bandera de España», en clara alusión a la tricolor republicana. Finalmente, según Modesto Fraile, diputado de Unión de Centro Democrático (UCD), con el objeto de «no caer en una dialéctica que no parece conveniente», el texto constitucional se abstuvo de adjetivar la bandera de España como «nacional» y de detallar su uso, limitándose a describir sus colores, como otras constituciones europeas y la de la Segunda República, y a asociarla con las enseñas autonómicas.

23 Rafael ENTRENA CUESTA (1982), pp. 72-81.

24 BOE núm. 244, 11.10.1997. Una vez recuperados los derechos sobre la *Marcha Real*, se reguló la preeminencia de ese himno sobre los autonómicos, así como la obligación de ejecutarlo ante el rey y el presidente del gobierno, y se establecieron dos versiones (una corta y otra larga), según el tipo de acto y de autoridad presente. La versión final del decreto suavizaba la primera versión, que incluía la obligación de escucharlo de pie y en «posición respetuosa».

25 BOE núm. 271, 12.11.1981. Como desarrollo a la Ley 39/1981, a través del Real decreto 2964/1981, de 18 de diciembre, se regula el modelo oficial, su uso y tamaño; y mediante el Real decreto 2267/1982, de 3 de septiembre, se especifican técnicamente los colores del escudo de España.

mientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado» (art. 3.1). Además, y lógicamente por ser la bandera del Estado, determina que en las comunidades autónomas cuyos estatutos reconozcan una bandera propia, esta se utilizará juntamente con la bandera de España en todos los edificios públicos civiles del ámbito territorial de aquella, y que, cuando los ayuntamientos y diputaciones o cualesquiera otras corporaciones públicas utilicen sus propias banderas, deberán hacerlo junto a la bandera de España. En todos los casos, sin embargo, la bandera de España ocupará siempre lugar destacado, visible y de honor, y, caso de utilizarse otras banderas, ocupará un lugar preeminente y de máximo honor, además de que las restantes no podrán tener mayor tamaño (art. 3 a 6). También se proscribe la utilización en la bandera de España de cualesquiera símbolos o siglas de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas (art. 8). Y, prevé –y ello es de destacar– que los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las banderas autonómicas se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes (incluyendo, en su caso, la aplicación del Código penal, *ex artículo 543*, sobre ultrajes a España).

Tras el golpe de Estado del 23-F se produjo un intento de relegitimación simbólica para evitar que la identidad nacional española siguiese siendo patrimonio de la extrema derecha. En los años noventa, la aceptación y normalización de los símbolos del Estado parecía haberse alcanzado al calor de la celebración de varios eventos internacionales como los Juegos Olímpicos de Barcelona o la Exposición Universal de Sevilla en 1992. Sin embargo, las disputas alrededor de la exhibición más o menos ostentosa de los símbolos oficiales no dejaron de ser frecuentes a partir de 2000<sup>26</sup>, y la bandera tricolor republicana empezó a resurgir a como símbolo de protesta contra los gobiernos del PP a partir de 2011, si bien no había desaparecido completamente y se hallaba muy presente entre la izquierda no gubernamental, como pusieron de relieve las manifestaciones contra el ingreso y permanencia de España en la OTAN (1983 y 1986), y entre otros grupos políticos calificados de *antisistema* en los años 1990, y más adelante en los movimientos contrarios a la guerra de Irak, a los recortes sociales, etc.

26 Nos referimos a la ceremonia solemne de izado de la bandera, acompañada de honores militares, tuvo lugar el 2 de octubre de ese año. En ella, el ministro Federico Trillo (PP), en un discurso de cariz orgánico-historicista con tintes orteguianos, afirmó que la enseña era el «símbolo de la patria, que es un sentimiento noble y común a corazones nobles», que evocaba el pasado y el futuro del «proyecto sugestivo de vida en común [...] del orgullo de tener una lengua, de pertenecer a una tierra, de compartir una sangre, unos sueños y unos recuerdos históricos».



## 2. La bandera de España y las enseñas autonómicas

La bandera de España, también conocida como *rojigualda*, fue adoptada con todos sus elementos actuales al aprobarse la ley que estableció la última versión del escudo de España (Ley 33/1981, de 5 de octubre, del escudo de España)<sup>27</sup>. La Constitución ya especificaba, sin embargo que «está formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas» (art. 4.1).

Se basa en el diseño adoptado como pabellón de España en 1785, en el que, exceptuando el diseño adoptado entre 1931 y 1939, durante la Segunda República, solo ha ido variando la forma del escudo. Como es sabido, fue institucionalizada para uso inicial de la Marina por parte de Carlos III, y experimentó una amplia difusión, si bien en círculos progresistas y republicanos del siglo XIX se ideó una bandera tricolor, al estilo francés o italiano, incorporando el morado como recuerdo del mito liberal de los comuneros castellanos, que se utilizó como estandarte de partido hasta la Segunda República y durante la vigencia de ésta devino oficial (art. 1.4)<sup>28</sup>. La bicolor fue retomada después del «alzamiento» y durante el franquismo (art. 5 de la Ley orgánica 1/1967, de 10 de enero)<sup>29</sup>. Ya en democracia, para evitar que su exhibición fuese identificada con la nostalgia del franquismo, el Real decreto 2749/1978, de 24 de noviembre, sobre utilización de la bandera nacional (ya derogado) prohibió a los partidos, sindicatos y asociaciones «la utilización de la bandera de España o de sus colores» como «símbolos distintivos y diferenciadores» (art. 1)<sup>30</sup>. En el contexto democrático, de los años 1980 surgieron no obstante reiterados conflictos durante la celebración de fiestas patronales en el País Vasco y Navarra al izarse en muchos casos exclusivamente la *ikurriña*. La solución a estos conflictos vino de la mano de la retirada de todo tipo de enseñas, incluida la autonómica y local, o de situar todas las banderas durante unos minutos para arriarlas acto seguido.

Como ya hemos avanzado, el debate constituyente sobre la simbología estatal fue breve y pacífico<sup>31</sup>. Sólo hubo una cierta discusión en el Senado, donde

27 BOE núm. 250, 19.10.1981.

28 El decreto de 27 de abril de 1931 introdujo así el nuevo color: «Hoy se pliega la bandera adoptada como nacional a mediados del siglo XIX. De ella se conservan los dos colores y se le añade un tercero, que la tradición admite por insignia de una región ilustre, nervio de la nacionalidad, con lo que el emblema de la República, así formado, resume más acertadamente la armonía de una gran España».

29 Ley orgánica 1/1967, de 10 de enero [disposición derogada]. BOE núm. 9, 11.01.1967.

30 BOE núm. 282, 25.11.1978 [disposición derogada].

31 DSCD núm. 67, 16.05.1978; DSCD núm. 104, 5.07.1978; DSS núm. 41, 22.08.1978; DSS núm. 59,

se cambió la denominación del color central de la bandera –que pasó de *gualda* a *amarilla*–, gracias a la conocida enmienda del senador real Camilo José Cela<sup>32</sup>. El texto resultante del artículo 4 de la Constitución era casi idéntico al que figuraba como artículo 7 del anteproyecto (enero de 1978): «La bandera de España está formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas. Y el artículo 4.2 CE («Los estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las comunidades autónomas. Estas se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales») expresa uno de los aspectos del pluralismo simbólico del Estado en hacer posible el reconocimiento estatutario de «banderas y enseñas propias de las comunidades autónomas». Se trata de una previsión «que no tiene precedente en el constitucionalismo español ni en el derecho comparado europeo» (ver la ya citada STC 94/1985)<sup>33</sup>. El producto final es una regulación que quiere reflejar la complejidad del Estado (art. 2 CE y STC 32/1981 y 32/1988), de modo que también son símbolos del Estado las banderas y enseñas reconocidas en los estatutos de autonomía en tanto en cuanto estas constituyen la expresión de la autonomía que la Constitución ampara y de la pluralidad y complejidad del Estado que configura (STC 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 1)<sup>34</sup>.

Por lo que al tratamiento jurídico-penal de los ultrajes a la bandera, antes que a la actual regulación contenida en el artículo 543 CP, al que ya nos hemos referido, debe citarse el artículo 123 del Código penal de 1944 incluido en el capítulo primero (delitos de traición) del título primero (delitos contra la seguridad exterior del Estado) del libro II<sup>35</sup>, fue modificado en 1967 para añadir «al Estado o su forma política», mediante la modificación operada por la Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código penal y de Ley de enjuiciamiento criminal, se mantuvo hasta el Código penal de 1973, que disponía que «[l]os ultrajes a la nación española o al sentimiento

26.09.1978.

32 «*Gualda*, evidentemente, es castellano, sí, aunque de origen bárbaro y uso no demasiado extendido».

33 Sobre esta temática pueden consultarse diversas obras: Javier MORENO LUZÓN y Xosé M. NÚÑEZ SEIXAS (2017); Óscar ALZAGA VILLAAMIL (1996), pp. 93-94; Rafael ENTRENA CUESTA (1982), pp. 76-87; Pablo LUCAS VERDÚ (1996), pp. 287-294; Ángel GARRORENA MORALES (2005), pp. 1015-1034; Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (2009), pp. 74-79; José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (2008), pp. 1-25; Jaume VERNET I LLOBET (2003); y Antonio TRONCOSO REIGADA (2018).

34 Rafael ENTRENA CUESTA (1985): «Artículo 4». En: Fernando GARRIDO FALLA ET AL., *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed. Madrid: Ed. Civitas, pp. 72-81.

35 BOE núm. 13, 13.01.1945, p. 439; BOE núm. 86, 11.04.1967, pp. 4776-4789; y BOE núm. 297, 12.12.1973, p. 297.

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». Y posteriormente, como también sabemos, la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, y fijar su jerarquía sobre las enseñas autonómicas y locales, dispone en su artículo 10.1 que «los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo cuarto del presente texto, se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes».

## **2.1. La obligación de utilizar la bandera en los edificios públicos y en actos oficiales**

Precisamente la aprobación de la Ley 39/1981, que desarrolla el artículo 4 CE, vino a contrarrestar la ausencia de la bandera española en edificios públicos del País Vasco, Navarra y, en menor medida, en Cataluña. Cabe decir que la citada Ley, que prevé con un alto nivel de detalle su ubicación y precedencia, hace uso de formas gramaticales con sentido imperativo —«será la única que ondee», «se colocará», «se enarbolará»—, de donde se deriva una inequívoca exigencia legal de que la bandera de España ondee todos los días y en los lugares que expresa<sup>36</sup>.

Precisamente, la STS 2617/1988, de 14 de abril, relativa al incumplimiento por el Ayuntamiento de Bilbao de un requerimiento del Gobierno Civil para que figurase la bandera española junto con la de la comunidad autónoma y la del municipio en el exterior del ayuntamiento puso de relieve que el artículo 4 CE es «efecto y reflejo del contenido del artículo 2 —que proclama «la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles—».

36 La Ley 39/1981 relativos al uso de la bandera: «La bandera de España deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado» (art. 3.1). «En las comunidades autónomas, cuyos estatutos reconozcan una bandera propia, esta se utilizará juntamente con la bandera de España en todos los edificios públicos civiles del ámbito territorial de aquella, en los términos de lo dispuesto en el artículo sexto de la presente ley.» (art. 4). «Cuando los ayuntamientos y diputaciones o cualesquiera otras corporaciones públicas utilicen sus propias banderas, lo harán junto a la bandera de España en los términos de lo establecido en el artículo siguiente.» (art. 5). «Uno. Cuando se utilice la bandera de España ocupará siempre lugar destacado, visible y de honor. »Dos. Si junto a ella se utilizan otras banderas, la bandera de España ocupará lugar preeminente y de máximo honor y las restantes no podrán tener mayor tamaño. »Se entenderá como lugar preeminente y de máximo honor: »a) Cuando el número de banderas que ondeen juntas sea impar, la posición central. »b) Si el número de banderas que ondeen juntas es par, de las dos posiciones que ocupan el centro, la de la derecha de la presidencia si la hubiere o la izquierda del observador.» (art. 6.1, 6.2).

La sentencia señala, además, que la previsión del artículo 4.2 CE «debería haber bastado para el adecuado uso de la bandera», si bien «las reticencias de unos grupos y la inadecuada utilización de ella como símbolo de la nación por otros, así como las situaciones conflictivas surgidas hizo necesario el desarrollo legislativo de esta materia». Y todo ello en tanto que «los edificios o establecimientos de las administraciones públicas del Estado son lugares en donde se ejerce [...] la soberanía y en ellos se desarrolla la función pública [...], de acuerdo con los valores, principios, derechos y deberes constitucionales que la propia bandera representa, junto con la unidad, independencia, soberanía e integridad territorial del Estado español. Por ello, la utilización de la bandera de España [...] debe serlo diariamente como manifestación, frente a los ciudadanos, de contenido que simboliza y representa» (FJ 2).

Tras esta resolución, la STS 5429/2007, de 24 de julio, con motivo de un recurso de casación promovido por el Gobierno Vasco clarificó si existía o no extemporaneidad en la interposición de la demanda porque «la bandera española llevaba sin ondear en la academia de policía [Arkaute] más de veinte años», lo cual provocaba inseguridad jurídica según el Gobierno Vasco. El TS señaló que la situación de inseguridad jurídica no provenía de la exigencia del cumplimiento de la Ley sino de la situación anterior. Y la STS 6564/2008, de 2 de diciembre, sostuvo que no es necesario un requerimiento previo por incumplimiento de la Ley 39/1981 para acceder a la vía jurisdiccional, debido a que el contenido del recurso era la inactividad permanente en la ejecución de lo prevenido por la Ley (en este caso, por parte de las Juntas Generales de Vizcaya).

Asimismo, la STS 7725/2011, de 17 de noviembre, afirmó la ejecución fraudulenta de una sentencia anterior de la misma Sala, alegando que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la ejecución de los fallos judiciales y, en consecuencia, su presupuesto lógico es la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas declaradas por las mismas, porque en caso contrario «las decisiones judiciales serían meras declaraciones de intenciones». De ahí que la colocación de una placa sustitutiva –con la leyenda «[...] He ahí la bandera, símbolo de esta situación, puesta por quien no desea hacerlo, a la que el viento ondea con ironía»– no solo modificaba la sentencia, sino que pretendía obtener una finalidad contraria a la misma. A raíz de ello, las Juntas Generales de Guipúzcoa dictaron una Resolución (14.01.2011) en la que afirmaban no estar de acuerdo con la obligación de colocar la bandera española por tratarse de una imposición inadmisibles y contraria a los sentimientos de la mayoría de los guipuzcoanos. Tal resolución fue anulada por la STS 2403/2016, de 7 de junio, en que, después de repasar detalladamente la doctrina jurisprudencial en supuestos similares, y de analizar, pa-

ra negarlo, si la misma constituía un acto político, procedió a casar la sentencia recurrida y anular con rotundidad la citada resolución. Dicha doctrina sobre la obligatoriedad de colocar la bandera de España en edificios públicos, concretamente en ayuntamientos, ha sido reiterada, entre otras muchas, por las STSJ del País Vasco 634/2016, de 1 de marzo, y 1931/2015, de 30 de junio<sup>37</sup>.

## **2.2. La prohibición de exhibir banderas partidistas en edificios públicos y de utilizar de forma partidista la bandera de España**

Ya se ha dicho que las administraciones públicas, como manifestación de que sirven con objetividad los intereses generales deben actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho, servidas por funcionarios públicos, que deben ejercer sus funciones con imparcialidad (art. 103.3 CE). De ahí que en sus edificios solo puedan exhibir la bandera de España y las banderas y enseñas autonómicas, y no otras banderas consideradas no oficiales o incluso partidistas, como la bandera republicana o la «estelada». Ello no obstante, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid 1335/2003, de 15 de diciembre, avaló, como no podía ser de otra manera, la exhibición de la bandera de la Segunda República en un «chiringuito» festivo de Izquierda Unida, anulando un absurdo requerimiento del Ayuntamiento de Torrelozón, en base a que tal uso venía amparado por el derecho a la libertad de expresión e ideológica:

*«Por sí misma dicha bandera difícilmente puede incitar a la violencia, el racismo, la xenofobia o cualquier otra forma de discriminación que atente contra la dignidad humana, prohibiciones estas que eran las únicas que se imponían al otorgar la concesión de la instalación de establecimientos destinados a puestos de bebidas en fiestas patronales» (FJ 5).*

Cosa distinta es la que se planteó en la STSJ del País Vasco 2932/2014, de 29 de septiembre, sobre la exhibición de la bandera republicana en el Ayuntamiento de San Sebastián, y en la STSJ de Castilla y León 5043/2015, de 29 de octubre, relativa a la exhibición de la bandera republicana en la fachada del Ayuntamiento de Miranda de Ebro. En este último caso, a diferencia de la sentencia de instancia, la Sala interpretó que la normativa permitía considerar la existencia de un número abierto de banderas o un régimen flexible en cuanto a las banderas a ubi-

37 Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA (2016). Puede consultarse en: [https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/132511/1/Sentencias\\_del\\_Tribunal\\_Supremo\\_2403\\_201.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/132511/1/Sentencias_del_Tribunal_Supremo_2403_201.pdf) [última consulta: 27.12.2018].

car en los ayuntamientos, siguiendo la estela de la referida STSJ del País Vasco 2932/2014, señalando que:

*«del artículo 4 de la Constitución y 3.1 de la Ley 39/1981, la bandera republicana no es la bandera oficial del Estado español, por lo que el hecho de que en el exterior del edificio municipal y en una de sus fachadas figure colgada la bandera de la II República, choca con lo dispuesto en dichos preceptos. Y además supone la vulneración del artículo 1.3 de la Constitución, en cuanto a que proclama como forma política del Estado español la monarquía parlamentaria»; que «la Ley de banderas no permite más exhibición que las banderas oficiales citadas, siendo dicha regulación taxativa y consecuencia del principio de neutralidad política que imponen los artículos 103.1 de la CE y 6.1 de la LRBRL».*

La sentencia, que condenó al Ayuntamiento de Miranda de Ebro por la pasividad ante el requerimiento de retirar una bandera republicana de un balcón trasero del ayuntamiento, coincidente con el despacho de un concejal, recordó la taxatividad de la norma a la hora de mencionar qué banderas deben ondear en determinados edificios públicos como muestra del principio de neutralidad política. Asimismo, dejaba claro que ello en ningún momento limita el derecho de libertad de expresión, que queda a salvo con el derecho de hacer uso de esa libertad en la sede de su partido o en sus dependencias particulares, pero no en los edificios públicos, pues a estos les es inherente su sentido de organización institucional del Estado, que no puede ser «arbitrada en cada momento y ocasión por quienes ejercen las potestades que les caracterizan, por más que provengan del sufragio o elección popular».

También en relación con la presencia de banderas no constitucionales en edificios e instituciones públicos, la Sentencia del Tribunal Supremo 1841/2016, de 28 de abril, relativa la presencia de banderas «estelades» en espacios y edificios públicos en las distintas zonas electorales catalanas, además de significar, de acuerdo con la conocida jurisprudencia del TC, que las instituciones públicas no gozan del derecho a la libertad de expresión, afirmó que:

*«la bandera “estelada” constituye un símbolo de la reivindicación independentista de una parte de los ciudadanos catalanes [...] pero carece de reconocimiento legal válido como símbolo oficial de ninguna Administración territorial» [frente al argumento de los recurrentes de que la colocación de la bandera ilegal había sido aprobada por el Pleno municipal]; [...] el hecho de que los acuerdos en los órganos colegiados se*

*tomen democráticamente en modo alguno los hace conformes a derecho, sino que precisamente están sujetos al mismo y por ello pueden ser invalidados, sin que la formación democrática de los mismos los sane ni pueda prevalecer sobre el ordenamiento jurídico, que vincula a todos los poderes públicos».*

Así, hay que destacar por su relevancia –aunque en otro momento volveremos sobre ello– el deber de neutralidad y objetividad de las administraciones públicas *ex* artículo 103 CE (y artículos 6.2 y 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local), al que también se refieren distintas resoluciones judiciales de órganos inferiores, como la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Pamplona 36/2016, de 1 de marzo, relativa a la presencia de la bandera de la Comunidad Autónoma Vasca en el Ayuntamiento de Pamplona, y la STSJ de Navarra 589/2016, de 21 de abril.

En la primera de estas sentencias, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Pamplona estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto, y declaró en fraude de ley (art. 6.4 del Código civil) la exhibición de la ikurriña en la fachada del Ayuntamiento de Pamplona durante el chupinazo del San Fermín de 2015, y declaró que no cabía acogerse a la excepción prevista legalmente (art. 8.3 de la Ley foral 24/2003, de 4 de abril, de símbolos de Navarra<sup>38</sup>), esto es, la presencia de las banderas de otras instituciones, concebida para actos de cortesía sobre todo con autoridades de otras comunidades autónomas, teniendo en cuenta que en ese caso los parlamentarios vascos invitados no lo hacían de manera oficial y no representaban a esa comunidad, además de no ostentar la condición de autoridad pública. Dicha resolución trae a colación otras sentencias sobre la aplicación de la legislación estatal (*v. gr.* la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de 20 de noviembre de 2008, y otra de la misma Sala del 28 de no-

38 «Extraordinariamente, podrá acompañar a las otras citadas banderas, pero nunca colocarse en solitario la representativa de otros países, comunidades autónomas o entidades locales, cuando este sea un acto de cortesía con autoridades de dicho país, comunidad o entidad local invitadas oficialmente por la autoridad competente del territorio anfitrión y durante el período de su visita oficial, o en celebraciones ocasionales de hermanamiento entre entidades locales y por el tiempo de dicha celebración.» El preámbulo de la Ley foral de símbolos recoge que «cuando un pueblo tan consistente históricamente como el navarro se ve, aunque sea en mínima medida, afectado por el rechazo o la descalificación para mantenerse con firmeza como comunidad singular, propia y diferenciada, ve sus símbolos como auténtica representación comunitaria y no puede consentir que se vean menoscabados por la intolerancia de quienes pretenden imponer otros símbolos, de otras identidades contrapuestas, que puedan pretender dar carácter oficial a lo que, en todo caso, solo es una fórmula de alternativa comunitaria posible y no probable.»



viembre de 2013), para afirmar que «[e]l régimen de exhibición de banderas recogido en la norma antes citada es un régimen taxativo: permitido hacer lo expresamente ordenado, está prohibido hacer cosa distinta de ello.»

La STSJ de Navarra 589/2016, de 21 de abril, y en una línea similar a la anterior, hay que tener en cuenta que la sentencia apelada juzgó realizada en fraude de ley una actuación municipal por la colocación de la bandera de la Comunidad Autónoma Vasca en un lugar distinto a la sede del ente local, pues, si bien esta circunstancia no está prohibida expresamente por la norma, contravenía la prohibición implícita en el mandato de esa misma norma:

*«[...] El régimen de exhibición de banderas recogido en la norma antes citada [Ley foral 24/2003, de 4 de abril, de símbolos de Navarra] es un régimen taxativo: permitido hacer lo expresamente ordenado está prohibido hacer cosa distinta de ello. Así, colocar una bandera distinta de las mencionadas por la norma en el exterior de la casa consistorial es como mover una ficha “sacada de la manga” en un tablero de juego en el que no se juega la partida, esto es “hacer trampa”, o sea, burlar la ley, incumplir sus mandatos [...] [y] no impide la aplicación de la anterior doctrina el hecho de que la bandera cuestionada haya sido colocada por la asociación code mandada fuera de las dependencias municipales, puesto que las mismas se han colocado en dominio público [...] conociéndose además por el ayuntamiento recurrido, que concedió la licencia para la instalación de los mástiles, el destino de los mismos [...], lo que nos lleva a concluir que dicha actuación no es sino un fraude de ley para evitar la aplicación de la antedicha Ley foral de símbolos [...]».*

También el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con la colocación de símbolos independentistas en las fachadas de los ayuntamientos en período electoral (STS 933/2016, de 28 de abril, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima), y confirmó en su totalidad los motivos de un acuerdo anterior de la Junta Electoral Central (JEC). El TS determinó que la neutralidad propia de las administraciones públicas impide el uso partidista de símbolos que solo identifiquen a una parte de la población. En sentido idéntico cabe citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) de 5 de julio de 2018, en la que se prohibía el izado de una bandera «estelada» en un mástil de una plaza pública realizado por el Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès (Sentencia 579/2018, de 5 de julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta). Para el ayuntamiento recurrente, la valoración jurídica de la JEC no era conforme a derecho, puesto que la bandera estelada no es una bandera partidista porque no co-

responde a ningún partido político y, además, su colocación en el caso enjuiciado no obedecía a una actividad propiamente partidista sino al obligado cumplimiento por parte de cualquier alcalde de los acuerdos adoptados por los plenos de los ayuntamientos que presiden, formados por concejales elegidos democráticamente, en cuyas decisiones se plasma, por consiguiente, la voluntad popular.

Esta sentencia planteaba, por tanto, un elemento novedoso: el posible «plus» de legitimidad democrática de determinadas decisiones adoptadas por los órganos de las instituciones representativas, al que ya nos hemos referido en la parte introductoria de este trabajo. De entrada, tenemos que, según el Tribunal Supremo, como ya antes había puesto de manifiesto la propia JEC en su contestación a la demanda, la afirmación de objetividad y neutralidad de la Administración ha de vincularse necesariamente a los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y a lo previsto en el artículo 103.1 CE, y en el caso de las entidades locales, a lo dispuesto en el análogo artículo 6 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. Para el Tribunal, tal exigencia de neutralidad se agudiza en los períodos electorales, puesto que, como sostuvo el mismo Tribunal en la sentencia de 19 de noviembre de 2014, «el sufragio igualitario para la elección de representantes parlamentarios es [...] uno de los instrumentos legalmente establecidos para hacer efectiva esa igualdad que ha de ser observada en el sufragio». En este contexto, la resolución judicial, en contra de la argumentación de la parte demandante, declara que el adjetivo partidista no puede interpretarse dentro del contexto constitucional y legal aplicable

*«[...] como perteneciente a un partido político, sino simplemente como incompatible con el deber de objetividad y neutralidad de los poderes públicos y las administraciones, en la medida en que estos toman partido por una posición parcial, es decir, no ajustada a ese deber de neutralidad o equidistancia, sino alineada con las pretensiones de un grupo de ciudadanos con inevitable exclusión del resto [...] lo relevante no es que la bandera cuestionada pertenezca a un partido, o se identifique con una concreta formación política, sino que no pertenece a —es decir, no se identifica con— la comunidad de ciudadanos que, en su conjunto, y con independencia de mayorías o minorías, constituye jurídicamente el referente territorial de cualquiera de las administraciones o poderes públicos [...].»*

Y concluye el Tribunal Supremo:

*«siendo notorio que la bandera estelada constituye un símbolo de la reivindicación independentista de una parte de los ciudadanos catalanes*

*representados por una parte de los partidos políticos, y sistemáticamente empleado por aquellas fuerzas políticas que defienden esa opción independentista, pero carece de reconocimiento legal válido como símbolo oficial de ninguna Administración territorial, resulta obvio que su uso y exhibición por un poder público —en este caso de nivel municipal— solo puede ser calificado de partidista [...]».*

Por otra parte, el Alto Tribunal rechaza que la colocación de banderas partidistas en edificios y lugares públicos constituya un acto de «obligado» cumplimiento que se impone a los alcaldes por obedecer a la decisión de un pleno municipal, adoptada con el voto de concejales democráticamente elegidos. Para el TS, el hecho de que los acuerdos en los órganos colegiados se adopten democráticamente en modo alguno los hace conformes a derecho, sino que precisamente están sujetos a él y, por ello, pueden ser invalidados sin que la formación democrática de los mismos los sane ni pueda prevalecer sobre el ordenamiento jurídico, que vincula a todos los poderes públicos.

Finalmente, el TS aduce que el artículo 20.4 CE tiene sus límites en el respeto a los derechos fundamentales, entre ellos el de participación política *ex* artículo 23.1 CE, y desarrollado en la legislación electoral (LOREG), en el sentido del mantenimiento del deber de neutralidad que concierne a los poderes públicos en ese contexto de la participación política mediante elecciones. Además de que, citando al TC, declara que «las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el artículo 20 CE» (por todas, STC 244/2007, de 10 de diciembre; 14/2003, de 28 de enero; 254/1993, de 20 de julio).

### **2.3. La protección penal y legal de la bandera: los ultrajes**

El actual artículo 543 del Código penal (en el capítulo VI, «Los ultrajes a España», del título XXI, «Los delitos contra la Constitución») incrimina los ultrajes a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas efectuados con publicidad<sup>39</sup>. Según la doctrina, la noción de «ultrajes a la nación, su unidad

39 BOE núm. 281, 24.11.1995. La regulación normativa del delito de ultrajes a la nación, sus emblemas o símbolos tiene su origen en el artículo 2 de la Ley para la represión de los delitos contra la patria y el ejército, de 23 de marzo de 1906. De ella, se pasó a la Ley de seguridad del Estado de 1941 y, posteriormente, al artículo 123 del Código penal de 1944, que lo encuadraba entre los delitos contra la seguridad exterior del Estado y, dentro de estos, los de traición.

o sus símbolos» describe una conducta punible consistente en ajar, injuriar o despreciar a través de palabras<sup>40</sup>, escritos o hechos, mediante publicidad, a la nación española, sus comunidades autónomas o los símbolos o emblemas de una u otras, tales como banderas, himnos o escudos, entre otros<sup>41</sup>, lo que incluye, por supuesto las ofensas o ultrajes a las banderas que tienen carácter oficial o representativo del Estado, no cualquier tipo de bandera impresa en papel o plástico o utilizada como mero elemento ornamental o decorativo, o utilizado en manifestaciones<sup>42</sup>. El delito tiene por objeto, al igual que el resto de las figuras delictivas que integran los seis capítulos del citado título XXI, la protección del interés general del Estado en la sumisión a la Constitución, a las leyes, a las autoridades legítimas y el mantenimiento de la paz pública y, en definitiva, a preservación de la organización democrática del Estado<sup>43</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha exigido de forma constante la presencia de un dolo específico de ofender o de ultrajar a la nación española. Por ello, esta conducta solo quedaría impune cuando el propósito del autor fuera el ejercicio de la crítica u otro motivo distinto al de ofender. Ahora bien, al tratarse de un delito intencional, se considera que determinadas expresiones o actos pueden ser de tal modo insultantes o agraviantes que el ánimo de injuriar se halle implícito, por lo que no sería necesario acreditar ese ánimo y sí, en cambio, demostrar la posible existencia de ánimos distintos (Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, de 23 de enero de 2002). Ahora bien, no es menos verdad que otras resoluciones no consideraron la presencia de ese *animus inurindi*, por ejemplo, en un caso en el que el Pleno de un ayuntamiento acordó devolver al Ministerio del Interior una bandera española (STS de 28 de abril de 1999); o cuando, tras la quema de la bandera, una persona que lo presenciaba exclamó: «¡Qué mal huele la bandera española!», por no haber intención de que fuera escuchada públicamente (auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, de 9 de febrero de 2006). Sin embargo, la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Pri-

40 La acción típica consiste en «ofender o ultrajar», equiparándose estos verbos, según la doctrina mayoritaria, a injuriar, ajar o despreciar, ya sea mediante la palabra (por ejemplo, mediante gritos proferidos en el curso de una manifestación pública), por escrito (por ejemplo, mediante artículos periodísticos) o mediante hechos (por ejemplo, pisando, quemando una bandera española o de una comunidad autónoma, ante un concurso de personas), siendo indispensable, como ya se ha analizado, que se ejecuten con publicidad, pues en caso contrario la ofensa o ultraje privado está exento de castigo.

41 *Vid.* Abel TÉLLEZ AGUILERA (1994), Miguel JAVALOYES RUÍZ (2016), y Rafael REBOLLO VARGAS (2014).

42 Nerea Esther HERNANZ MONTALVILLO (2016)

43 María Teresa CASTIÑEIRA PALOU (1992).

mera, dictó la Sentencia 77/2018, de 8 de febrero, por la que confirmó la condena de un acusado por delito de ultraje a la bandera que participaba en una concentración de protesta por motivos laborales, «con intención de menospreciarla, valiéndose de un megáfono y ante la concurrencia allí presente gritó: “¡Aquí tedes o silencio da puta bandeira!” y “Hai que prenderlle lume á puta bandeira”»:

*«[...] proferir con un megáfono expresiones tales como [...] son de tal modo ofensivas, que el ánimo de injuriar se encuentra ínsito en ellas (STS de 26 de diciembre de 1996). Además, el hecho se produjo con publicidad, en un acto solemne militar, extramuros del recinto del Arsenal, [...] suma la nota de capacidad de alteración de la normal convivencia ciudadana [...], [de modo que] [c]ualquier intento de exculpar la ofensa a nuestros símbolos nacionales, so pretexto del ejercicio de derechos fundamentales o de ausencia del dolo específico, está abocada al fracaso. Tómese buena nota de que la autoridad y el personal militar, que rendían honores al izado de la bandera nacional, eran por completo ajenos al conflicto laboral [...] y que sufrieron un intenso sentimiento de humillación, proporcional a la gravedad del ultraje.»*

Por otra parte, una interpretación del precepto desde la perspectiva del bien jurídico protegido implica que el comportamiento enjuiciado, además, sea verdaderamente lesivo o causante de una dañosidad social innegable y posea un contenido de antijuridicidad material indudable. A estos efectos, cabe recordar que la STS de 7 de febrero de 1981 llegó a dilucidar el encendido de unos cohetes en la fiesta mayor de un pueblo, donde se prendieron fuego a catorce banderas españolas y valencianas que estaban colocadas en palcos y balcones, en los siguientes términos: «el consciente propósito del inculpado de ultrajar y menospreciar a la nación española mediante la destrucción por el fuego del símbolo de tan alto significado».

Ciertamente, hay algunas resoluciones judiciales que han considerado acertadamente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión es una circunstancia eximente con encaje en el artículo 8.11 del Código penal anterior o en el artículo 20.7 del Código penal vigente («el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»). De forma que las manifestaciones realizadas de palabra o por escrito estarían amparadas por el derecho a la libertad de expresión, incluso aunque estas fueran vulgares, despectivas o críticas, hallándonos ante una causa de atipicidad de la conducta por falta del componente valorativo del tipo consistente en la lesión del bien jurídico.

Ello, no obstante, como sea que el derecho a la libertad de expresión no es ilimitado, y entre sus límites está el mantenimiento del orden público determinado por la ley, uno de los bienes jurídicos protegidos en los delitos de ultraje, la STS de 7 de febrero de 1990 apreció de forma discutible la existencia de delito en un caso en que los procesados, concejales de un ayuntamiento, habían retirado la bandera española que ondeaba en el ayuntamiento de su ciudad, conjuntamente con las banderas autonómica y local, rompiendo previamente el candado de la puerta:

*«[...] los procesados, concejales del ayuntamiento, prevaleciendo de esa condición consiguieron llegar hasta el lugar en que se encontraban [las banderas] [...] todo lo cual revela la existencia de un específico animus iniuriandi, un menosprecio a la bandera, símbolo del Estado español, en los mismos términos que el delito de injuria con el que guarda una relación de afinidad indudable, como expresan las sentencias de esta Sala de 6 de diciembre y 3 de noviembre de 1989 [...] sin que, por otro lado, el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 20 de la Constitución española, precepto invocado por los recurrentes, sea un derecho absoluto capaz de dejar sin efecto el animus iniuriandi, [...] [cuando se traspasan los límites reconocidos a los derechos fundamentales y libertades públicas para ejecutar acciones de descrédito y menosprecio como los realizados a la bandera de España].»*

Y en términos similares se expresó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección Tercera, de 29 de julio de 2005:

*«[...] cosa distinta sería que sin realizar acciones de las características de la enjuiciada (la quema de una bandera española), se manifesten ideas u opiniones contrarias a la unidad de España, de signo claramente independentista, que tienen amplio amparo legal, siempre que no vayan acompañadas de actos violentos que infrinjan el ordenamiento penal, criterios que tienen acogida en Sentencias AP Valencia, 24-3-99; AP Baleares 15-6-99 y STS 23-12-96 [...]».*

Y, cuando menos, como sorprendente puede juzgarse otro criterio jurisprudencial habitual como el de apreciar la existencia del delito cuando se quema la bandera y este hecho es presenciado por varias personas (en público, que no con publicidad, y por ello mismo sin la más mínima trascendencia o relevancia social). En efecto, el TS ha llegado a declarar que «[...] siendo un delito [el de ultraje] de simple actividad [...], se consuma cuando los actos ofensivos

son captados o presenciados por alguna persona ajena» (STS de 26 de junio de 1996). También cuando se ha arriado la bandera para ser arrojada al exterior y ello es observado por dos personas y un agente de policía (SAP Barcelona, Sección Cuarta, de 5 de octubre de 2009); o cuando es presenciado por varias personas por mero azar, o incluso cuando se trata de un «número [de personas] no determinado» (SAP Valencia, Sección Primera, de 24 de marzo de 1999).

En otros casos, no menos llamativos, los tribunales han apreciado que la dinámica comisiva del delito de injurias puede ser «verbal, escrita, real e incluso implícita u omisiva» (Sentencia de la AP de Guipúzcoa, Sección Segunda, de 23 de enero de 2002, siguiendo la ya citada STS de 26 de junio de 1996). Ciertamente, el ultraje puede ser de palabra, por escrito o de hecho, pero no implícito, ni omisivo o de hecho, puesto que, como ya se ha dicho, el *animus iniuriandi* no puede estar implícito. Es decir, si en un acto oficial o en un desfile militar alguno de los asistentes no se levanta al paso de la bandera, no la saluda o no se descubre, ello no puede ser constitutivo de un delito de ultraje: no solamente porque tal gesto carece de la más mínima entidad, sino porque ese comportamiento constituye una forma de ejercer el derecho a la libertad ideológica.

En este contexto, no es de extrañar que el Pleno del Congreso tomara en consideración (aunque luego decayó por el finimiento de la legislatura) una proposición de ley orgánica de reforma de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, para la protección de la libertad de expresión<sup>44</sup> que planteaba eliminar o rebajar las penas relativas a los delitos contra los sentimientos religiosos, contra la Corona, los ultrajes a los símbolos, las injurias al Gobierno o a los jueces, y el enaltecimiento del terrorismo y los de odio. La proposición de ley parte de constatar que la tipificación de las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus comunidades autónomas o a sus símbolos o emblemas, recogido en el artículo 543 CP «se está aplicando para atacar la libertad de expresión, reprimiendo la crítica contra los símbolos de nuestro país, materializados en la bandera y el himno nacional [...]. Ponerse de acuerdo cientos de personas en un estadio, previo reparto de silbatos a la entrada de un partido de la Copa del Rey de fútbol y en el marco de una protesta ciudadana, no es delito. Silenciar el himno nacional no entraña ataque contra la patria, sino una legítima expresión de la libertad de expresión».

44 BOCG - Congreso de los Diputados, núm. 239-1, 23.03.2018, p. 3; y DSCD, núm. 158, 23.10.2018, p. 7 y ss.



Como se recordará, el TEDH hace tiempo acogió la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano según la cual la quema de la bandera en manifestaciones pacíficas no constituye delito, por tratarse de un acto protegido por la primera enmienda de la Constitución (caso Johnson, 1989), o la que anuló la Flag Protection Act norteamericana (Estados Unidos c. Eichman, 1990), por considerar que la persecución de tales hechos debilitaba la libertad que la bandera representa. El caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España, después de la condena por la Audiencia Nacional a unos jóvenes por quemar unas fotos de los reyes, llevó al Tribunal de Estrasburgo a declarar que el acto reprochado se encuadraba en el ámbito de la crítica política, en este caso «[...] [el] rey como símbolo de la nación española», en concreto una crítica que podía juzgarse de “orden político”, sin rasgo de violencia ni trazos de “discurso de odio”».

Por lo que a la Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de las banderas en España y de otras banderas y enseñas se refiere, el artículo 10.1 de la Ley promulgada se limitaba a disponer que los ultrajes a la bandera de España y a las de las comunidades autónomas se castigan conforme a lo dispuesto en las leyes. Con todo, y eso era lo problemático, el artículo 10.2 elevaba a la categoría de delito cualquier infracción de las prescripciones de la Ley, remitiéndose al primitivo artículo 123 CP (que describía el comportamiento típico de una forma muy amplia y diferenciaba entre el tipo agravado y el básico, además de establecer unas significativas penas privativas de libertad por los ultrajes), y al Código de justicia militar.

Además, el artículo 10.3 consideraba que todos los ultrajes y ofensas a la bandera de España se realizan siempre con publicidad, de modo que se establecía una presunción *iuris et de iure* contraria al principio de culpabilidad. Tales disposiciones (núm. 2 y 3 del art. 10) fueron objeto de severas críticas por vulnerar los principios de taxatividad y determinación del ámbito de lo punible<sup>45</sup> y declaradas inconstitucionales por las STC 118 y 119/1992, de 16 de septiembre<sup>46</sup>. La STC 119/1992 declaró nulo el apartado 2 por entender que implicaba una extensión del artículo 123 CP al incluir conductas que hasta el momento no eran punibles mediante una ley que carecía de rango orgánico (FJ 1)<sup>47</sup> y la STC 118/1992

45 Dulce María SANTANA VEGA (2009), p. 37; Eduardo CALDERÓN SUSÍN (1982), p. 362; Fernando VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2002), p. 221; y Rafael REBOLLO VARGAS (2014).

46 En la Cuestión 363/1988 se declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo tercero del artículo 10, por Sentencia 118/1992, de 16 de septiembre.

47 En la Cuestión 175/1991 se declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo segundo del artículo 10, por Sentencia 119/1992, de 18 de septiembre.

(FJ 3), consideró que el hecho de considerar que los ultrajes y ofensas a las banderas fueran cometidos siempre con publicidad, imponía la aplicación automática del tipo agravado de publicidad *ex* artículo 123 *in fine* CP, al descartar que se tratara de una manifestación de las llamadas «leyes penales abiertas o imperfectas», que habría justificado la ausencia de rango de ley orgánica en el marco de una norma considerada instrumental.

Con todo, la sentencia incurría en el error de considerar las banderas como símbolo del Estado cuando, en realidad, lo son de la nación (art. 2 CE). Esta interpretación es la que permite que un español (es decir, una persona perteneciente a la nación y no al aparato organizativo llamado «Estado») se pueda sentir injuriado al ver quemar su bandera. Partiendo de esta consideración, y a la luz de lo dispuesto en el citado artículo 2 CE, que configura la nación española como integrada por nacionalidades y regiones, el ámbito del artículo 123 CP debería haberse extendido a los ultrajes cometidos contra todos los elementos y partes integrantes de la nación, a través de los símbolos que los representan.

### **3. El himno**

#### **3.1. Origen y regulación del himno**

La *Marcha Real* –*Marcha Granadera o de Granaderos*–, denominación que recibe el himno nacional de España, declarada marcha de honor en 1770 por Carlos III, y que tuvo una aceptación social lenta e irregular, a lo que contribuyó el hecho de que, «al no tener letra oficial, poseía una escasa capacidad de generar empatía y emoción colectiva»<sup>48</sup>. Ha sido desde entonces el himno de España, con la excepción del Trienio Liberal (1820-1823), la Primera República (1873-1874), en que fue cooficial, y la Segunda República (1931-1939), períodos en los que se adoptó el *Himno de Riego*. El advenimiento de la democracia en 1977 no supuso una modificación del himno nacional ni de su estatus legal. La regulación más precisa, quizás, fue la operada mediante el Real decreto 1560/1997, de 10 de octubre, por el que se regula el himno nacional<sup>49</sup>, coincidiendo con el año de la adquisición plena de los derechos de autor de la armonización realizada por Bartolomé Pérez Casas. Como sea que la Constitución no lo mencionaba y sólo aparecía genéricamente en las ordenanzas militares, siguió vigente la normativa franquista.

48 *Vid.* Xosé M. NÚÑEZ SEIXAS (2018), p. 32.

49 BOE núm. 244, 11.10.1997. Su partitura oficial figura en el anexo del presente Real decreto: Anexo publicado en el BOE núm. 244, 11.10.1997.

A los efectos que aquí interesan, diremos que en el contexto de la denominada «guerra simbólica» de los años ochenta, a la que nos hemos referido al hablar de la bandera, empezaron a producirse también las primeras expresiones públicas de rechazo al himno. Quizás la más notoria tuvo lugar en 1989, cuando varias organizaciones independentistas catalanas protagonizaron un boicot al rey Juan Carlos I y a la *Marcha Real* en la inauguración del estadio de Montjuïc en los prolegómenos de los Juegos Olímpicos de Barcelona. También en los últimos años, con motivo de la celebración de algunos acontecimientos deportivos masivos y televisados, el himno ha sido silbado de forma más o menos ostensible cuando concurría la presencia del jefe del Estado, por ejemplo en la final de la Copa del Rey de fútbol de 2009 (Valencia), lo que se reprodujo en mayor o menor medida en 2012 y en 2015. En todos los casos, la interpretación del himno se ejecutó, en su versión completa, al inicio de los encuentros, siguiendo lo establecido en el Real decreto 1560/1997, de 10 de octubre, para «los actos oficiales a los que asista Su Majestad el Rey o Su Majestad la Reina.» (art. 10.3 b).

Más allá de consideraciones que tienen que ver con la cortesía o el decoro, lo cierto es que, desde el punto de vista normativo, el artículo 4 del citado Real decreto, en cuanto a la actitud de respeto de los asistentes a los actos en que sea interpretado el himno, solo refiere a qué el «personal uniformado de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas de seguridad» deberá efectuar el saludo reglamentario. Además, como veremos, ni la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, ni la Ley 19/2017, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, recogen precepto alguno que permita ya no suspender partidos siquiera sancionar silbidos o abucheos al himno, porque, más allá de la exhibición de símbolos o pancartas, solo se prohíbe expresamente «la entonación de cánticos que inciten a la violencia, al terrorismo o a la agresión».

Por su parte, el artículo 237.b del Reglamento general de la Federación Española de Fútbol (RFEF)<sup>50</sup> determina que el árbitro, antes de comenzar un partido, puede ordenar su suspensión en caso de mal estado del terreno de juego, y en los demás supuestos que se establecen en las disposiciones vigentes. El mismo Reglamento (art. 240.2), recoge cinco causas tasadas por las que un árbitro puede acordar la suspensión de un partido, entre ellos los incidentes de público,<sup>51</sup> de modo que si silbar o

50 Aprobado por la Comisión Delegada de la RFEF, y ratificado por la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes en su sesión de 30 de junio de 2014. Puede consultarse en: <http://www.lnfs.es/Data/Adjuntos/1.3%20RFEF%20%20Reglamento%20General%202014-2015.pdf> [última consulta: 11.12.2018].

51 Tampoco la circular número 7 de la RFEF, de 24 de julio de 2014, reguladora de la organización y desarrollo de la Copa del Rey de 2015, no preveía en ningún caso la suspensión por silbar la *Marcha Real*.

abuchear el himno llegase a calificarse como un incidente de ese tipo, el árbitro podría ponderar la naturaleza y alcance de esos incidentes, procurando siempre agotar los medios para que el encuentro se celebre. Si bien, finalizado el incidente –después de la interpretación del himno–, no parece que pueda haber ninguna razón que aconseje al árbitro suspender el partido, pues nada impide su celebración.

### **3.2. La respuesta sancionadora en el orden administrativo y jurisdiccional**

A raíz de la pitada con que fueron recibidos los reyes de España en el escenario de la final de la Copa de España de Fútbol de 2009, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional, en fecha de 15 de julio de 2009, decidió el archivo de la causa (decisión confirmada por otro auto de 21 de septiembre de 2009, de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta), en la que se afirmaba que los incidentes no fueron «un ejemplo de educación, ni de civismo, pero no por ello encajaban en los preceptos penales denunciados». Sin obviar –razonó el Tribunal– que el comportamiento que hubieron de soportar los monarcas fuera «más que desagradable», añadiendo que nada hay que oponer a que se esté en desacuerdo con determinados símbolos o instituciones del estado y su forma, así como con el régimen fijado en el marco constitucional vigente.

No obstante, hay que añadir que antes había recaído una resolución de signo contrario: la Sentencia 35/2017, de 21 de diciembre, del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, condenó al acusado por los delitos de injurias a la Corona y de ultrajes a España a consecuencia de la publicación en Facebook de un manifiesto en que proponía la pitada al himno de España y al rey en la final de la Copa del Rey de fútbol<sup>52</sup>. En dicha resolución, se considera que dicha conducta no estaba amparada por el derecho a la libertad de expresión y que constituía una vejación a los símbolos de la nación española, como es su himno, y al jefe del Estado, de una manera planificada –no espontánea–, aprovechando la publicidad a través de los medios de comunicación que secundaron el evento deportivo para potenciar el deseo de menospreciar a España, considerando que para reivindicar la independencia de Cataluña es innecesario menospreciar al rey, símbolo de la España constitucional, y procurar su humillación pública. Y no solo eso: la resolución consideró, además, que la acción del acusado pudo suscitar violencia, creando una situación de riesgo para bienes y personas.

<sup>52</sup> La Sección Tercera ordenó que continuara el presente procedimiento revocando la decisión del Juzgado Central de Instrucción que acordó la inadmisión a trámite de la querrela y que fue confirmada por la Sección Cuarta.

El núcleo del debate aquí estribaba en determinar, una vez más, si el manifiesto venía amparado o no por el derecho a la libertad de expresión y difusión de pensamiento, ideas u opiniones (art. 20 CE). Dejando de lado las injurias al rey, por lo que aquí interesa, la sentencia (FJ 3) entró a enjuiciar el delito de ultraje a España, asumiendo que el acusado había admitido que «la monumental pitada iba dirigida no solo al rey, sino al himno español», y que ni tan siquiera había descartado que tales los hechos «tuvieran un carácter despectivo y despreciativo», amparándose en la libertad ideológica. Para el magistrado, se trataba de «expresiones o actos de tal modo insultantes o agraviantes que el ánimo de injuriar se encuentra ínsito en ellos» (STS 16/3/1989), tenidos «en el concepto general como oprobiosos», añadía que «[e]l ultraje, de palabra o de hecho, a España o a sus símbolos, efectuados con publicidad supone (por todas, STS 7/2/1990) lo mismo que injuria». Para el juez, siendo el bien jurídico protegido la preservación del orden constitucional, la protección a España y sus símbolos es también, como en el caso de la Corona, instrumental, para preservar la convivencia y la paz social pues su ataque, en este caso, tenía un componente subjetivamente pluriofensivo al afectar a todos los españoles que respetan y hacen suyos y propios los símbolos de España.

Con todo, la Sala de lo Penal, Sección Cuarta, de la misma Audiencia Nacional, dictó la Sentencia 14/2018, de 4 de mayo, por la que, estimando un recurso de apelación absolvió al acusado, argumentando, con buen criterio, que alentar a través de las redes sociales a pitar el himno nacional, es un hecho reprochable éticamente o de muy dudoso gusto, pero enmarcado en la libertad de crítica [política], además de no apreciar mensaje ofensivo alguno que implicase menosprecio al rey, sino un intento de que, «de forma impropia y desafortunada, los organizadores evidenciaran su desacuerdo ante la imposibilidad de seguir adelante con los planes independentistas». Resumen de antecedentes y Sentido del fallo.

Así, para la Sala, «se enmarca en la libertad de crítica, «más cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quienes se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC 174/2006, de 5 de junio, y 77/2009, de 23 de marzo). Finalmente, invocando la STC 235/2007, de 7 de noviembre, aduce que «la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas y opiniones acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellos que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte de la población».

Por lo que se refiere a los hechos acaecidos en 2015, diremos que la Comisión

Nacional Contra la Violencia en los Espectáculos Deportivos<sup>53</sup> incoó por su parte un expediente informativo con el propósito de examinar posibles sanciones a los promotores de silbidos y remitió los hechos a la Fiscalía General del Estado por si fueran constitutivos de delito. A este respecto hay que tener presente que el artículo 2.1.c de la Ley 19/2007 define como «actos o conductas violentas o que incitan a la violencia en el deporte»: «c) La entonación de cánticos que inciten a la violencia, al terrorismo o a la agresión en los recintos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte organizados para acudir a los mismos [...]».

A nuestro parecer, es claro que los espectadores, y por supuesto el rey o las autoridades asistentes quedan fuera del ámbito objetivo de la Ley, delimitado en la persona de los contendientes o rivales deportivos, si bien el artículo 2.2.d, en la definición de «actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte», extiende el ámbito de protección «a cualquier persona», pero solo en los casos en que «[...] [los] cánticos, sonidos o consignas [...] contengan mensajes vejatorios o intimidatorios, para cualquier persona por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, por la religión, las convicciones, su discapacidad, edad, sexo u orientación sexual, así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución.» De donde se deriva, en buena lógica, que el precepto ha sido concebido pensando en otorgar protección a las probables víctimas del discurso del odio, pues los silbidos al himno se orientan por definición al ejercicio de la crítica política en los términos que han sido definidos por el TEDH y el TC.

Por otra parte, tampoco parece que haya de haber dudas sobre el hecho de que una pitada, por sonora que sea, no desencadena *per se* actos violentos (algo distinto a que algunas personas puedan verse violentadas legítimamente en sus sentimientos), y todavía menos actos de signo terrorista. En nuestra opinión, el problema podría plantearse exclusivamente si en el interior de un recinto deportivo, donde coinciden aficiones distintas, los silbidos fueran percibidos como un gesto masivo de desprecio hacia una entidad deportiva rival o hacia sus seguidores. Pero, en todo caso, el examen de esos hechos debería comportar una ponderación entre los derechos y bienes jurídicos en juego para apreciar o no una intención vejatoria u hostil, entre ellos la libertad de expresión (y otros derechos, valores y principios constitucionales) y el contexto sociopolítico y cultural en que se producen.

53 Real decreto 75/1992, de 31 de enero, sobre la Comisión Nacional contra la Violencia en los Espectáculos Deportivos (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1992).

En ese sentido, debemos insistir en que el Tribunal de Estrasburgo –y, más recientemente, el Tribunal Constitucional– se ha mostrado reacio a perseguir las actividades enmarcadas en el ejercicio de la crítica política, pese al rechazo social que ello pueda generar, si, con abstracción del reproche ético que merezcan, no presentan un riesgo real de generar actos violentos, es decir, si no hay intención de traducir estas expresiones en violencia física –algo difícil de conseguir, como hemos dicho, mediante un silbido–. Además, la misma jurisprudencia europea ha declarado que los ordenamientos no deben otorgar una protección especial y calificada a sus instituciones más relevantes, sino más bien permitir un mayor grado de crítica hacia estos por tratarse de entes o figuras públicas que deben estar sujetas al cuestionamiento ciudadano en el marco de un Estado democrático. El TEDH ha llegado a afirmar que la legislación penal española sitúa al rey «al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales» (caso Otegui Mondragón c. España, 2011). Esa relevante sentencia puso bien de relieve que los límites de la crítica admisible son más amplios respecto a un cargo político, al que se alude en condición de tal, que para un particular, pues a diferencia del segundo, el primero se expone inevitablemente a un control minucioso de sus hechos y actitudes, por lo que deberá mostrar mayor tolerancia. Además, es precisamente cuando se presentan ideas que hieren, ofenden y se oponen al orden establecido, cuando más preciosa es la libertad de expresión.

#### *V. Una breve reflexión conclusiva*

Existe un cierto consenso social, político y doctrinal acerca de que determinados conflictos relacionados con la libertad de expresión no reciben en nuestro ordenamiento jurídico y por parte de la jurisdicción una respuesta satisfactoria, por ejemplo, y significativamente, los examinados en el presente estudio y que están en relación con el denominado ultraje de los símbolos o con la exhibición de símbolos no oficiales, aunque esto último se halla razonablemente disciplinado en la legislación. Ciertamente es que el complejo contexto sociopolítico vivido en España en los últimos tiempos –con la crisis económica, de la representación y del modelo de organización territorial además de los efectos disruptivos de la emergencia de las redes sociales– ha exacerbado determinadas conductas personales y colectivas que plantean poderosas dudas en el marco de un terreno siempre tan labil como el de la libertad ideológica y de expresión, especialmente si no es fácilmente constatable el perjuicio social o cuando entran en juego factores subjetivos –a veces no explícitos– como el ánimo de injuriar.



No obstante, la opción liberal del mundo anglosajón y del propio Tribunal de los Derechos Humanos ha tenido una recepción tardía en nuestra jurisdicción tanto ordinaria como constitucional. La evolución del propio Tribunal Constitucional es paradigmática en este sentido pues se ha demostrado oscilante hasta no hace tanto, contribuyendo a que jueces y tribunales ordinarios hayan resuelto de forma rígida –y peor, contradictoria– supuestos de un contenido materialmente idéntico. En efecto, el Alto Tribunal, siguiendo la mejor jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene estableciendo la necesidad de amparar las opiniones y expresiones que puedan parecer hirientes, aunque se trate de ideas que cuestionan el propio sistema, pues en nuestro sistema democrático no se exige una democracia militante por parte de la ciudadanía. Es decir, todas las opiniones, aun las que aparentemente se orienten a socavar los cimientos del sistema establecido, están amparadas por la libertad de expresión.

Consiguientemente, a nuestro parecer, determinados actos de vejación de las banderas o los intentos de silenciar con silbidos el himno de España, especialmente si se producen en presencia de autoridades públicas, aunque revistan un sesgo impropio, ofensivo e incluso oprobioso, no deberían ser, por lo pronto, merecedoras de reproche penal en muchos casos como los expuestos en este trabajo, pues no dejan de ser reflexiones o manifestaciones de carácter político, y por ello mismo vinculadas a la libertad de expresión e ideológica, que debería interpretarse con un espíritu de tolerancia, especialmente, como se ha dicho, cuando se trata del ejercicio de la crítica en la esfera política, salvo que, en buena lógica, se incite de manera eficiente y directa a la violencia o supongan la difusión de un discurso de odio, es decir, lo que se ha caracterizado doctrinalmente como el riesgo claro e inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino. Así, salvo estas excepciones, el artículo 543 CP –y sus remedos en vía administrativa, por ejemplo, en el ámbito deportivo– presenta un contenido que puede juzgarse como excesivo, impreciso y altamente complejo en su aplicación, lo que aconsejaría explorar otras posibilidades como las que brinda el derecho deportivo –siempre en supuestos de violencia explícita o al menos de situaciones de riesgo de la misma y no como en la praxis actual– o el llamado *derecho administrativo antidiscriminatorio*. Con lo que no solo parece oportuno operar los cambios legislativos oportunos (para suprimir, por anacrónicos, junto a delitos en cuestión como el de injurias a la Corona y a otras instituciones como el Gobierno, los tribunales, los ejércitos o las fuerzas de seguridad, los denominados delitos de ultraje contra la nación y sus símbolos, entre ellos la bandera o el himno, en base a una afirmación vigorosa de la libertad de expresión y de respeto al pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, elementos sin los cuales, como ha dicho el TEDH, no existe una sociedad democrática genuina. Además de que el

pluralismo democrático y la tolerancia no consienten al Estado censurar, controlar o sancionar de forma desproporcionada e irrazonable la expresión y la defensa de ideas o doctrinas que, incluso planteadas al margen del marco constitucional o contrarias a los deseos de la mayoría, solamente constituyen pensamientos, críticas u opiniones públicas discrepantes.

## **VI. Bibliografía**

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (1996): *Comentario a la Constitución española de 1978*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2ª ed, 2016.

BARCELÓ SERRAMALERA, Mercè (2004): «Les llibertats d'expressió i d'informació: 25 anys de jurisprudència constitucional». *Revista Fundació Rafael Campalans*, núm. 8, 12 pp.

CALDERÓN SUSÍN, Eduardo (1982): «El artículo 10º de la Ley 19/1981». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, pp. 361-366.

CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (1992): «La protección penal de las banderas de las comunidades autónomas. Ultrajes a la bandera y libertad de expresión» [comentario a la STC de 18 de septiembre de 1992]. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 45, pp. 1127-1138.

ENTRENA CUESTA, Rafael (1985): «Artículo 4». En: Fernando GARRIDO FALLA *et al.*, *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed. Madrid: Ed. Civitas.

GARCÍA-PELAYO, Manuel (1991): «Ensayo de una teoría de los símbolos políticos». En *Mitos y símbolos políticos, Obras Completas*. Madrid: T. I.

GARRORENA MORALES, Ángel (2005): «Los símbolos de las comunidades autónomas y la función del Derecho». En Luis AGUIAR DE LUQUE *et al.*, *Constitución, Estado de las autonomías y justicia constitucional. Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

HERNANZ MONTALVILLO, Nerea Esther (2016): «Los emblemas del Estado y su protección jurídica». Valladolid, Universidad de Valladolid.

HOBBSAWM, Eric y RANGER, Terence (2012): *La invención de la tradición*. Madrid: Crítica.

JAVALOYES RUÍZ, Miguel (2016): «El delito de ultraje a España», Javaloyes Legal.

LUCAS VERDÚ, Pablo (1996): «Artículo 4. Símbolos políticos». En Óscar ALZAGA VILLAAMIL (coord.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. I, pp. 286-294. Madrid: Edersa.

MENÉNDEZ PIDAL DE NAVASCUÉS, Faustino; O'DONNELL, Hugo; y LOLO, Begoña (2000): *Símbolos de España*. Madrid: CEPC, 2.<sup>a</sup> ed.

MORENO LUZÓN, Javier y NÚÑEZ SEIXAS, Xosé M. (2017): *Los colores de la patria: símbolos nacionales en la España contemporánea*. Madrid: Tecnos.

NÚÑEZ SEIXAS, Xosé M. (2018): *Suspiros de España. El nacionalismo español 1808-2018*. Madrid: Crítica.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2017): «Espacios públicos y ejercicio de derechos fundamentales en la Ley orgánica para la protección de la seguridad ciudadana». En: Benito ALÁEZ CORRAL (coord.), *Conflictos de derechos fundamentales en el espacio público*, pp. 15-36. Madrid: Marcial Pons.

- (2019): «Libertad de expresión y crítica política en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En el blog *El derecho y el revés*, 21.01.2019. Puede consultarse en: [https://presnolinera.wordpress.com/2019/01/21/libertad-de-expresion-y-critica-politica-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos/amp/?\\_\\_twitter\\_impression=true](https://presnolinera.wordpress.com/2019/01/21/libertad-de-expresion-y-critica-politica-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos/amp/?__twitter_impression=true) [última consulta: 22.01.2019].

REBOLLO VARGAS, Rafael (2014): «Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, pp. 81-126.

RIDAO MARTÍN, Joan (2016): «Las actuales limitaciones sobre la participación política en el espacio público. Una lectura constitucional de la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana». *Revista Española de Derecho Constitucional* (CEPC), núm. 107, pp. 187-217.

- (2018): «Malos tiempos para la libertad de expresión. Una revisión de la praxis judicial en los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona e incitación al odio». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 75, pp. 10-15.

RUÍZ-RICO RUÍZ, Catalina y RIDAO MARTÍN, Joan (2014): «La participación en el espacio público y su problemática constitucional. Breves consideraciones en torno a los “escraches” y a las sentencias sobre el denominado “Asedio al Parlamento de Cataluña”». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 91, pp. 45-84.

SANTANA VEGA, Dulce María (2009): «El delito de ultrajes a España y a sus comunidades autónomas: ¿protege algún bien jurídico-penal?». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 99, pp. 35-66.

SMEND, Rudolf (1985): *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: CEC.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José (2008): «Nación y banderas». *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 6, p. 2.

- (2009): «Comentario al artículo 4». En Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y María Emilia CASAS, *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer.

SPERBER, Dan (1988): *El simbolismo en general*. Barcelona: Anthropos Editorial.

STERN, Klaus (1987): «Símbolos y autopresentación del Estado». En *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: CEC.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel (1994): «Los ultrajes a España: visión crítica de un delito». *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1719, pp. 88-89.

TRONCOSO REIGADA, Antonio (2018): «La bandera y la capitalidad». *Revista de Derecho Político*, núm. 103, pp. 29-76.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (2002): «Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del delito de ultrajes a la bandera (art. 543 del Código penal)». *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 23, p. 216-252.

VERNET I LLOBET, Jaume (2003): «Símbolos y fiestas nacionales en España». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, pp. 99-122.

## **RESUMEN**

En los últimos tiempos se han puesto de relieve distintos conflictos en el marco del ejercicio de las libertades del artículo 20 CE, que han determinado una praxis judicial y de policía administrativa y de seguridad entre rigurosa y oscilante, por ejemplo, con motivo de la exhibición o rechazo de símbolos políticos. Esta situación ha propiciado un insólito debate acerca de si determinadas actitudes, incluso ofensivas u oprobiosas, deben ser merecedoras de tan severo reproche como prevé nuestro ordenamiento, tratándose de manifestaciones de carácter político, y por ello mismo vinculadas a la libertad de expresión, que permitirían una mirada más flexible desde el espíritu de tolerancia propio de las sociedades pluralistas excepto en aquellos supuestos en que puedan suponer una incitación directa o inminente a la violencia.

## **PALABRAS CLAVE**

Libertad de expresión, símbolos políticos, ultrajes, bandera de España, himno nacional.

## **ABSTRACT**

In recent times, different conflicts have been highlighted in the exercise of the freedoms of Article 20 EC, which have determined a judicial and security and administrative police practice between rigorous and oscillating, for example, on the occasion of the exhibition or rejection of political symbols. This situation has led to an unusual debate about whether certain attitudes, even offensive or disgraceful, should be deserving of such a severe reproach as provided for in our legislation, in the case of demonstrations of a political nature, and therefore linked to freedom of expression, which would allow a more flexible view from the spirit of tolerance proper to pluralistic societies except in those cases in which they may suppose a direct or imminent incitement to violence.

## **KEYWORDS**

Freedom of expression, political symbols, outrages, flag of Spain, national anthem.