

**Sentencias del Tribunal Supremo 2403/2016, de 7 de junio
[ROJ: STS 2403/2016] y 1841/2016, de 28 de abril [ROJ: STS 1841/2016],
y otras relacionadas**

**LOS INCALIFICABLES PROBLEMAS CON LOS SÍMBOLOS CONSTITUCIONALES DE ESPAÑA Y EN LA CELEBRACIÓN
DE LAS FIESTAS NACIONALES Y LA UTILIZACIÓN DE BANDERAS NO CONSTITUCIONALES E ILEGALES Y LA APERTURA
DE INSTITUCIONES PÚBLICAS**

Los símbolos nacionales (bandera, escudo, himno y fiesta) representan a la Nación correspondiente, y, en los Estados descentralizados, su unidad. Además, en los Estados democráticos tales símbolos están legitimados por los mismos, y representan el propio principio democrático reflejado en la soberanía que respalda a la Nación.

La Constitución española de 1978, siguiendo a otras europeas, regula en su artículo 4 (ENTRENA CUESTA, R. 1985: «Artículo 4». En F. Garrido Falla y otros: *Comentarios a la Constitución*. 2.ª ed. Madrid: Ed. Civitas, 72-81) la bandera de España, y reconoce naturalmente las banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas, las cuales, señala nitidamente, «se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales». Los restantes símbolos nacionales se prevén a nivel legal, salvo el himno (la *Marcha Granadera* o *Marcha Real Española*), que se prevé en el [Real Decreto 1560/1997, de 10 de octubre, por el que se regula el Himno Nacional](#) (BOE n.º 244, de 11-X-1997) (ver MENÉNDEZ PIDAL DE NAVASCUÉS, F.; O'DONNELL Y DUQUE DE ESTRADA, H. y LOLO, B. 2000: *Símbolos de España*. 2.ª ed. Madrid: Ed. CEPC; obra por cierto que no se reimprimió en 2004 por ciertos prejuicios de lo políticamente correcto).

En efecto, la [Ley 39/1981, de 28 de octubre](#) (BOE n.º 271, de 12-XI-1981) regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas (GARCÍA FUENTE, D. 2015: *Protocolo y ordenación de banderas. Repercusión mediática en la prensa española*. Tesis Doctoral-Universidad Camilo José Cela. Madrid), partiendo de afirmar claramente, una vez definida la propia bandera, 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 establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado» (art. 3-1.º). Además, y lógicamente por ser la bandera nacional, en las Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos reconozcan una bandera propia, ésta se utilizará juntamente con la bandera de España en todos los edificios públicos civiles del ámbito territorial de aquella, y, cuando los Ayuntamientos y Diputaciones o cualesquiera otras Corporaciones públicas utilicen sus propias banderas, lo harán junto a la bandera de España; pero, en todos los casos, la bandera de España ocupará siempre lugar destacado, visible y de honor, y, 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 (definiendo con claridad el significado de tales conceptos) (arts. 3 a 6), y se prohíbe la utilización en la bandera de España de cualesquiera símbolos o siglas de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas (art. 8). Los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las regionales, 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).

Por otra parte, la [Ley 18/1987, de 7 de octubre](#) (BOE n.º 241, de 8-X-1987) estableció el día de la Fiesta Nacional de España en el 12 de octubre, al simbolizar este día, según señala acertadamente su Exposición de Motivos, la efemérides histórica en la que España, a punto de concluir un proceso de construcción del Estado a partir de nuestra pluralidad cultural y política, y la integración de los Reinos de España en una misma Monarquía, inicia un período de proyección lingüística y cultural más allá de los límites europeos.

No obstante, desde hace algún tiempo, en particular desde hace pocos años, se están produciendo continuos e inaceptables actos contrarios a los símbolos nacionales, cuando no verdaderos ultrajes en sentido penal, y de carácter claramente antidemocrático, así como contra el Rey, en absoluto amparados por el derecho fundamental a la libertad de expresión (*vid.* la [STC 177/2015, de 22 de julio de 2015, sobre la quema pública de retratos de los Reyes en la ciudad de Girona](#)).

Pero, frente a estas impresentables actuaciones (algunas además realizadas por autoridades y responsables públicos), un buen número de sentencias judiciales están anulando las mismas y, en su caso, condenando penalmente a sus autores, con una jurisprudencia acorde con el significado constitucional y democrático de los símbolos nacionales.

Sobre la necesaria presencia de la bandera de España, y con preeminencia, en todos los edificios y establecimientos de todas las Administraciones, es muy clara e interesante la [Sentencia del Tribunal Supremo 2403/2016, de 7 de junio](#), relativa a la resolución de 14 de diciembre de 2011, de las Juntas Generales de Guipúzcoa negándose a que la bandera española ondease en su edificio, pues, después de repasar detalladamente la doctrina jurisprudencial en supuestos similares, y de analizar, para negarlo, si la misma constituía un acto político, procede a casar la sentencia recurrida y anular con rotundidad la resolución citada. Obligatoriedad de colocación de la bandera de España en edificios públicos, concretamente en Ayuntamientos, que reiteran, entre otras muchas, las STSJ del País Vasco 634/2016, de 1 de marzo, y 1931/2015, de 30 de junio.

Un gran debate se viene produciendo desde hace unos años sobre el uso y exhibición de la bandera republicana, casi siempre desde lo políticamente correcto y sin atender a un análisis jurídico detenido, en parte mantenido por la [STSJ de Madrid 1335/2003, de 15 de diciembre](#), que avaló la exhibición de la bandera de la II República en un «chiringuito» de Izquierda Unida en las fiestas, anulando el requerimiento

del Ayuntamiento de Torrelodones, basándose en que tal uso es manifestación del derecho a la libertad de expresión e ideológica.

No obstante, en relación con esta bandera, que hay que afirmar claramente que no es constitucional ni tiene carácter oficial alguno, otras sentencias han establecido una jurisprudencia acorde con la Constitución española de 1978 y con un régimen político democrático.

Así, 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, citando la previa [STSJ del País Vasco 2932/2014, de 29 de septiembre \(sobre la exhibición de la bandera republicana en el Ayuntamiento de San Sebastián\)](#), señala tajantemente 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», para continuar afirmando

que la bandera española, en base a una normativa constitucional y democrática como es el texto indicado y en sintonía con el régimen constitucional y democrático, es la bandera que define el artículo 4 de la Constitución y por tanto no lo es la bandera republicana, no se trata de negar el derecho que tiene cualquier partido o grupo político en su sede o en sus propias dependencias, al uso de la bandera que estime conveniente, pero cuando se trata de un edificio público, cual es el Ayuntamiento, no se puede hacer uso en el mismo, ni en el balcón principal, ni en cualquiera de sus fachadas o ventanas, se trate o no de un mástil o cualquier otro tipo de exhibición pública, de otra bandera que no sea la oficial o la propia bandera del Municipio, que además deben de ser las aprobadas legal o estatutariamente, como precisa dicha normativa, de no hacerlo así y aun cuando también se utilice la bandera de España, se contraviene tanto la citada normativa, como el principio de neutralidad política que debe presidir la actuación de la Administración Pública, no se puede concluir, como hace la sentencia de instancia, que la interpretación de la referida normativa permita considerar la existencia de un número abierto de banderas o un régimen flexible en cuanto a las banderas a ubicar en los Ayuntamientos, normativa que resulta taxativa en cuanto al uso y utilización de la bandera;

por todo lo cual «se declara que la colocación y exhibición de una bandera no constitucional, como la bandera de la II República Española, en el exterior del edificio de una de las fachadas del Ayuntamiento de Miranda de Ebro, infringe el ordenamiento jurídico, debiendo proceder el Ayuntamiento de Miranda de Ebro a su retirada», y se estima el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de instancia.

En relación con la presencia de banderas ilegales en edificios e instituciones públicos, la [Sentencia del Tribunal Supremo 1841/2016, de 28 de abril](#), relativa a la presencia de banderas denominadas en catalán *esteladas* (obviamente, *estrelladas* en español) en espacios y edificios públicos de las distintas zonas electorales catalanas, afirma, de manera constitucional y legalmente impecable, 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»; que (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», y que obviamente (de nuevo frente a la argumentación de los recurrentes) las Instituciones Públicas no gozan del derecho a la libertad de expresión; por todo lo cual desestima el recurso interpuesto por Convergencia y Unión contra el acuerdo de la Junta Electoral contrario a la presencia de tales banderas en edificios públicos.

Además, en relación con la presencia en Ayuntamiento de una Comunidad Autónoma de banderas de otras Comunidades, téngase en cuenta la [Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Pamplona 36/2016, de 1 de marzo](#), relativa a la presencia de la bandera de la Comunidad vasca en el Ayuntamiento de Pamplona en el *chupinazo* de los sanfermines de 2015, y la [STSJ de Navarra 589/2016, de 21 de abril](#).

En relación con las *pitadas* al Himno nacional, que se producen cada vez más a menudo en determinados partidos de fútbol (casi siempre en la Copa del Rey y particularmente cuando juegan determinados equipos, algunos de los cuales se han adherido a declaraciones secesionistas ilegales), es interesante el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 15 de Madrid 69/2016, de 21 de mayo, relativo al recurso de protección de derechos fundamentales interpuesto por el FC Barcelona contra las instrucciones de la Delegada del Gobierno para impedir la introducción de banderas «estrelladas» (*esteladas* en catalán) en el Estadio Vicente Calderón de Madrid con ocasión de la final de la Copa del Rey a celebrar el 22 de mayo, que afirma en primer lugar que no se acredita acto o actuación administrativa susceptible del recurso interpuesto, pues no se acredita la existencia de las instrucciones que se pretende recurrir; seguidamente, que al afectar tal cuestión a la seguridad pública no parece mecanismo adecuado interponer un recurso de protección de derechos fundamentales al interferir en dispositivo de seguridad previsto, y finalmente afirma con rotundidad (por ser obvio) que el FC Barcelona, al ser una asociación deportiva privada, no puede ser titular de derechos fundamentales (en concreto, el derecho a la libertad de expresión), «y que por ello debería abstenerse de hacer reclamaciones judiciales de uno u otro signo, y mantener una postura neutral..., que ayude a hacer más eficaces las medidas

de seguridad que hayan de adoptar quienes tienen la obligación de garantizar el orden público y velar por la libre y pacífica circulación de personas; ya que en otro caso, bien se podría pensar que con su posicionamiento a favor de las esteladas pierde la neutralidad, y puede venir a inmiscuirse en cuestiones de seguridad que él también tiene que acatar»; por todo lo cual, se inadmite el recurso. Sin embargo, en relación con este mismo caso, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 11 de Madrid 109/2016, de 20 de mayo, suspende la ejecución de las instrucciones de la Delegada del Gobierno que pretendían impedir la entrada en el estadio de las banderas *estrelladas*, ya que, dice, «[e]n ningún caso ha resultado probado en este momento procesal que la exhibición de la llamada “estelada” puede incitar a la violencia, el racismo, la xenofobia o cualquier otra forma de discriminación que atente contra la dignidad humana, que como manifestación de una ideología política o creencia no se justifica en qué medida infringe el orden jurídico existente y en qué medida pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales».

Finalmente, ha habido ciertas actuaciones de autoridades, cargos públicos e instituciones que han pretendido abrir las correspondientes dependencias, y atender a los ciudadanos, en las Fiestas nacionales declaradas normativamente como tales.

Sin embargo, naturalmente, también estas actuaciones han sido impedidas por los Jueces y Tribunales, p. ej. en las SSTSJ del País Vasco 725/2015, de 21 de enero, y 1960/2014, de 23 de abril. Posteriormente, y ante el intento del Ayuntamiento de Badalona de abrir locales y dependencias el día de la Fiesta Nacional (12 de octubre), el impecable Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 14 de Barcelona de 11 de octubre de 2016 suspende cautelarmente la efectividad de cualquier actuación administrativa del Ayuntamiento de Badalona, incluida la vía de hecho, que tenga por objeto o finalidad la apertura de sus locales y dependencias, al público o a los empleados públicos de él dependientes, durante el día 12 de octubre de 2016, ya que «si no se adoptara la medida se causarían perjuicios irreparables al interés general o colectivo en la celebración de una festividad nacional... [pues, en efecto], la fijación, en este caso por Ley, de un determinado día como festividad nacional... obedece a razones sociales y culturales, que reflejan un interés general, social o colectivo en su celebración» y porque «resulta evidente que la decisión del Ayuntamiento obedece a un determinado planteamiento político o ideológico..., de modo que la decisión individual de cada trabajador de ir o no a trabajar ese día, pese a lo que pueda argumentarse por el Ayuntamiento, puede no ser enteramente libre y, además, podría resultar contraria al derecho fundamental a la libertad ideológica».

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
dgatta@usal.es