



## **Documento de trabajo**

### **SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES**

# **LA PROTECCIÓN DE LA BANDERA DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, A PROPÓSITO DE LA STS 311/2022, DE 29 DE MARZO**

**Juan Carlos Díaz García**

**SPCS Documento de trabajo 2022/4**

<https://www.uclm.es/es/cuenca/csociales/spcs>

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autor:

Juan Carlos Díaz García

[JuanCarlos.Diaz@uclm.es](mailto:JuanCarlos.Diaz@uclm.es)

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca  
Seminario Permanente de Ciencias Sociales  
Codirectoras:

María Cordente Rodríguez

Pilar Domínguez Martínez

Silvia Valmaña Ochaita

Avda. de los Alfares, 44

16.071–CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/es/cuenca/csociales/spcs/>

I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. CD-ROM) 1988-1118 (ed. en línea)

Impreso en España – Printed in Spain.

**LA PROTECCIÓN DE LA BANDERA DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, A PROPÓSITO DE LA STS 311/2022, DE 29  
DE MARZO**

**Juan Carlos Díaz García<sup>1</sup>**

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional  
Facultad de Derecho de Albacete. Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho  
Público*

**RESUMEN**

La STS 311/2022, de 29 de marzo, estimando el recurso de casación del Ministerio Fiscal, condenó a los recurrentes como autores de un delito de ultraje a la bandera de España, previsto en el artículo 543 CP, por rajar en dos trozos la bandera y dejarla en el suelo.

El Tribunal Supremo utilizó como argumento principal de la condena, -al estimar que no había concurrido legítimo ejercicio de la libertad de expresión en conexión con la ideológica [art. 20.1 a y d) y 16. 1 CE]-, la jurisprudencia sentada sobre la protección a la bandera establecida en la STC 190/2020, de 15 de diciembre, que abordó por primera vez, en sede constitucional, el conflicto entre las anteriores libertades y el delito de ultrajes a España (543 CP).

En esta sentencia el Tribunal Constitucional, además de declarar la conformidad del artículo 543 CP con la Constitución, manifestó que las expresiones o conductas que entrañen un menosprecio al símbolo nacional carentes de conexión con el mensaje que se quiere transmitir, pueden constituir un límite legítimo a la libertad de expresión; fundamentando la protección al bien constitucional que constituye la bandera, en la función integradora de la comunidad y el sentido de pertenencia a ella.

**Palabras clave:** ultrajes a España, símbolos políticos, bandera, libertad de expresión, derechos fundamentales, límites, proporcionalidad.

**Indicadores JEL:** K1, K19

---

<sup>1</sup> JuanCarlos.Diaz@uclm.es

## ABSTRACT

The STS 311/2022, of March 29, upholding the appeal of the Public Prosecutor, condemned the appellants as authors of a crime of outrage against the flag of Spain, provided for in article 543 CP, for splitting the flag into two pieces. Flag and put it on the ground.

The Supreme Court changed the main argument of the sentence, -considering that there had been no legitimate exercise of freedom of expression in connection with the ideological one- [art. 20.1 a d) art. 16. 1 CE], the jurisprudence based on the protection of the flag established in STC 190/2020, of December 15, which addressed for the first time, in constitutional headquarters, the conflict between the previous freedoms and the crime of outrages against Spain (543 CP).

In this ruling, the Constitutional Court, in addition to declaring the conformity of article 543 CP with the Constitution, it follows from its doctrine that the expressions or behaviors that are contemptuous of the national symbol lacking connection with the message that is wanted to be transmitted, can constitute a legitimate limit to freedom of expression; basing the protection of the constitutional good that constitutes the flag, in the integrating function of the community and the sense of belonging to it.

**Keywords:** outrages against Spain, political symbols, flag, freedom of expression, fundamental rights, limits, proportionality.

**JEL codes:** K1, K19

## **1. INTRODUCCIÓN**

La STS 311/2022, de 29 de marzo, estimando el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal al que se había adherido la acusación particular, sostenida por Sociedad Civil Catalana, Asociación Cívica Cultura, casó y anuló la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, condenando a los acusados como autores de un delito de ultraje a la bandera de España, en los mismos términos que los dispuestos en la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Sabadell, que había sido revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación interpuesto por los condenados.

Los hechos enjuiciados fueron los siguientes: los tres acusados, el día 19 de abril de 2016, en la plaza Cívica de la Universidad Autónoma de Barcelona, “en presencia de numerosas personas, cogieron una bandera de España de la Carpa “Societat Civil Catalana de la Universidad Autónoma de Barcelona (SCC-UAB)” y la rajaron en dos trozos, dejándola en el suelo”. La conducta se consideró típica del artículo 543 del CP por el Juzgado de lo Penal, indicando el referido precepto que: ““Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses”.

La Audiencia provincial de Barcelona interpretó el artículo 543 CP de acuerdo con la doctrina de la sentencia del TEDH de 13 de marzo de 2018 (Asunto Stern Taulats y Roura Capellera. c. España), entendiendo que “si quemar una imagen del Rey es un acto amparado por la libertad de expresión, lo propio debe predicarse de rasgar una bandera española (...)” [FJ 4 STS 311/2022].

## **2. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

La STS 311/2022 admite que es escasa la jurisprudencia de la Sala Segunda sobre el delito de ultrajes a España [FJ 5], no obstante, como precedentes cita la Sentencia de 15 de marzo de 1989, por unos hechos ocurridos en Santiago de Compostela, en los que se prendió fuego a la bandera nacional y ondeándola en llamas,

fue pisoteada mientras se consumía. El recurso de casación fue desestimado, pero en ninguno de los tres motivos en los que se articuló se alegó la vulneración del derecho a la libertad de expresión. En la STS 983/2016, de 11 de enero (caso Blanquerna), los hechos objeto de enjuiciamiento consistieron en arrojar al suelo de un manotazo la senyera; y a propósito del art. 543 CP, en el FJ 7, se dijo que “(...) existen actos inequívocos a efectos de revelar un propósito, pero el delito con características similares a los de la injuria exige un dolo característico, consistente en un propósito de menospreciar y ultrajar la bandera. Existen actos como pisotearla, escupirla, quemarla, rasgarla, romper el mástil, etc., que por sí mismos pueden evidenciar ese dolo del sujeto activo”. Sin embargo, aquí tampoco se condenó por este delito al no apreciar “propósito ofensivo o de menosprecio”.

No obstante, pese a no existir pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la aplicación del artículo 543 CP (a excepción de la STS 311/2022) sí existe, en cambio, una importante línea doctrinal sobre los ultrajes a España. El Tribunal Supremo desde 1906 ha desarrollado una jurisprudencia equiparando el ultraje a España y a sus símbolos representativos con los elementos del tipo penal de la injuria.

El origen legislativo de esta jurisprudencia se encuentra en el artículo 2 de la Ley sobre represión de los delitos contra la patria y el ejército, de 23 de marzo de ese año y en el artículo 231 del Código Penal de 1928. Posteriormente la Ley de Seguridad del Estado de 1941, recogió en su artículo 27, como bien jurídico protegido del ultraje, además de la Nación española y sus símbolos y emblemas, el sentimiento de la unidad de España, con una amplitud tan desmesurada que llegaba a castigar hasta los ultrajes encubiertos. De ahí pasó al artículo 127 del Código Penal de 1944 que eliminó de la conducta punible el ultraje encubierto. El Texto Refundido de Código Penal de 1973 incorporó como sujeto protegido del ultraje al Estado y su forma política. El llamado Código Penal de la democracia de 1995, tipificó también en el artículo 543 las ofensas o ultrajes a España, a sus Comunidades Autónomas, o a sus símbolos o emblemas, aunque castigado solamente con la pena de multa, a diferencia de los anteriores que imponían penas de prisión.

Como consecuencia de esta línea seguida por el Tribunal Supremo, -de interpretar el ultraje con acomodo a la regulación legal y jurisprudencial de la injuria-, el animus injuriandi se ha entendido que está implícito en la propia acción que se

enjuiciaba. La acción ejecutada lleva en sí misma la intención ofensiva, como manifestó la STS 2043/1969, de 21 de noviembre, cuando resolvió el caso de unas personas que tiraron al suelo una bandera española ofrecida como ex voto a la Virgen de Izaskun. En esta ocasión el Alto Tribunal dijo que “es denigrante y constituye menosprecio el hacer caer deliberadamente al suelo una insignia de tan alto significado como tiene la bandera nacional, que merece respeto, consideración y estima por parte de todos los españoles, sin distinción de credos políticos o confesionales, por representar la total unidad de nuestra Patria”; y especialmente indicó, que aunque la bandera objeto del ultraje pudiera entenderse que era la del Movimiento Nacional, ello no hacía variar su sustancial significado. Esta especial protección al valor simbólico de la enseña nacional, tampoco ha variado sustancialmente con la aprobación de la Constitución de 1978, que recoge en su artículo 1.1 el pluralismo político como valor superior. Así se evidencia de varias sentencias del Tribunal Supremo que siguiendo la interpretación previa a la Constitución actual, ha entendido que la quema de catorce banderas que adornaban los balcones en unas fiestas patronales, constituye un delito de ultraje porque la “acción de prender fuego y destruir por ignición dicho símbolo, implicaba un móvil perverso de injuriar abiertamente los sentimientos del conjunto de personas que como las que estaban presentes integraban por historia, lenguaje, tradición y territorio común, una síntesis colectiva de súbditos componentes del pueblo español” (STS 134/1981, de 7 de febrero). Otras conductas que no implican la destrucción del símbolo también han sido consideraras injuriosas, como la retirada de la bandera nacional del balcón de un ayuntamiento, según la STS 377/1990, de 7 de febrero, este proceder “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”, puesto que el artículo 20.1 CE no es un derecho absoluto “capaz de dejar sin efecto el animus iniuriandi, ya que la propia Constitución le señala sus justos límites, y 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, tal conducta antijurídica encuentra su punición en el Código Penal como ultraje a la bandera”. En cambio, si ha llegado a admitir la prevalencia de la libertad de expresión en las conductas meramente expresivas, que no implican la utilización del símbolo para transmitir el mensaje. Así en la STS 1362/1989, de 28 de abril consideró que la moción aprobada en un Ayuntamiento para devolver la bandera nacional al Ministerio del Interior, por ser su presencia no deseable, era objetivamente ofensiva y

menospreciadora para la bandera de España, pero que dicho acuerdo tenía evidentes connotaciones políticas amparadas por el artículo 20 de la Constitución.

### **3. LA NECESARIA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS SIMBOLOS POLÍTICOS**

El Estado como unidad política precisa de un proceso de integración que partiendo de una pluralidad social de personas y grupos, se convierte en una unidad de poder dotada de una determinada estructura (territorio, población, soberanía y gobierno), que posibilita la oposición a otro ente del mismo tipo. Este proceso integrador tradicionalmente se ha realizado mediante dos vías: a) la racional, que supone la utilización de los instrumentos sociológicos y jurídicos dispuestos racionalmente para alcanzar una organización; y b) la emocional, que apela a las reacciones irracionales (sentimientos, resentimientos, odio, etc.) que son capaces de fortalecer un proceso de unidad, aunque también en sentido opuesto puede producir la disgregación de la organización, para posibilitar nuevas unidades políticas. A esta última de las formas de integración pertenecen los símbolos, que partiendo de fuentes irracionales pueden ser utilizados de manera racional para expresar un significado que de otro modo no sería posible. Dicho de otra forma, el valor del símbolo no es el propio objeto material que le da forma, sino su significado. Una bandera no es un trozo de tela con una determinada disposición de colores, sino las significaciones que revela. El símbolo es, en palabras de García Pelayo, “una síntesis o coincidencia de lo sensible y de lo no sensible, de lo material y de lo inmaterial” (1991: 990).

Así, por tanto, el Estado paralelo a su construcción ha desarrollado procesos de ordenación simbólica eligiendo determinadas configuraciones (colores, formas, herramientas, animales, sonidos etc.) que connotan unas significaciones que pueden hacer referencia a ciertos hechos históricos o míticos, pero que tienen un claro poder de atracción y expresan una idea que es fácilmente recibida por aquellos a quienes va destinada. La consecuencia inmediata de esta creación simbólica es el proceso de integración política en torno al significante (una bandera, un himno...), que con el transcurrir del tiempo adquiere propiedades comunicativas únicas. Con otras palabras, lo que se quiere significar (por ejemplo, la patria) solo es posible representarla mediante esa configuración especial y determinada que es ese símbolo. Solo una concreta bandera es el símbolo nacional, adquiriendo por tanto un derecho a expresar la idea que



representa. El símbolo, por tanto, adquiere una propiedad característica que cierra el paso a otros que pretendan significar lo mismo. Una vez que el símbolo ha sido aceptado por la comunidad y ha producido, en las primeras fases, el proceso de integración en torno a él, se enriquece con nuevas significaciones, que originariamente no tenía, por el transcurso de la historia. Este fenómeno de adhesión al símbolo, por la carga histórica que porta, no se da solamente entre la generación que convive en un tiempo determinado, sino que se extiende a las venideras, a las que hace partícipes el proceso integrador.

De lo expuesto se comprende fácilmente que el símbolo alcance una dignidad especial que los ordenamientos jurídicos promocionan y protegen a su vez. Manifestaciones de ello son el juramento de lealtad a la bandera, los honores o la protección que recibe sancionando los ultrajes. En una palabra, el símbolo se sacraliza, lo que explica la sanción jurídica a las conductas irreverentes.

Pero la sanción por ciertas conductas frente al símbolo no tiene como fundamento solamente el desvalor del hecho sancionado, sino también la finalidad de mantener la vigencia significativa. En efecto, el Estado tiene interés en que el símbolo continúe vigente y produciendo los efectos integradores y de antagonismo a otros opuestos en su significación.

En este sentido García Pelayo manifestó que los símbolos eran una manifestación de la conciencia mítica y en consecuencia, la mayor o menor vigencia de aquellos estaba en función del grado de vigencia de esa conciencia (García Pelayo 1991:1005). La conciencia mítica no sólo es, o al menos así lo entendió el autor citado, lo imaginario y fabuloso, sino una forma de estar en el mundo y de captación de sus objetos. Una forma de conocimiento –creo yo- que no puede servirse del conocimiento racional porque afecta al aspecto existencial del hombre exigiéndole una vinculación que no puede ser explicada por el pensamiento discursivo. Volviendo de nuevo al autor citado: “la conciencia mítica no es solamente un residuo de la conciencia originaria dejado por la dominación del pensamiento racional, sino que es algo tan necesario al ser humano, para centrarse y orientarse en el mundo, como puede serlo la misma conciencia racional” (García Pelayo 1991:1006).

Sin embargo, la importancia de la simbología en los Estados ha variado en función de las épocas históricas y las corrientes de pensamiento dominante. Hasta el siglo XIII en el que comenzó un proceso de racionalización de la vida política, había estado dominada por la conciencia mítica. Es a partir de la desacralización del poder público cuando comienza a convivir la racionalidad con el mito. Desde esta confluencia entre ambas formas de conocimiento (racional y mítico) es cuando nos vamos a encontrar con la mayor o menor prevalencia de una u otra. A grandes rasgos de una sociedad teocéntrica, como la de la Alta Edad Media, se pasa a una sociedad iuscéntrica (Baja Edad Media), en la que el derecho es producto de una racionalización que alcanza su punto álgido con las teorías de Maquiavelo. En estas circunstancias la conciencia mítica palidece en favor de la racionalidad, y con ello el símbolo, que, sin llegar a desaparecer, pierde relevancia. Durante el siglo XVII y hasta principios del siglo XVIII, se afianza la representación de conceptos inmateriales mediante formas materiales no asequibles al pensamiento vulgar o poco cultivado. Así la alegoría sustituye al símbolo como vehículo de expresión de lo intangible, que sólo está al alcance de las élites sociales capaces de descifrar el mensaje.

No obstante, como ya hemos adelantado, ni el mito ni el símbolo dejan de estar presentes en la vida política. De un lado, las capas sociales más desfavorecidas y sin estudios que, en la época referida, constituyen la mayor parte de la población, continúan aferrados a la mentalidad mítica. De otro lado, las monarquías absolutas se sustentan en los mitos y símbolos como fundamento del poder. Ello explicaría que los prerrevolucionarios franceses dirigieran toda su ofensiva a potenciar la razón, como instrumento para desmitificar la monarquía absolutista y toda la parafernalia sacra que la rodeaba.

#### **4. REGULACION DEL USO DE LA BANDERA**

El uso de la bandera, como símbolo constitucional y representativo del Estado, está regulado en la Ley 39/1981, de 28 de octubre. Aunque esta ley carece de exposición de motivos, la necesidad de la regulación se justifica principalmente, porque el artículo 4 CE, además de establecer en su apartado primero la estructura, composición y formación la bandera de España, también instituye en el apartado

segundo las banderas de las Comunidades Autónomas que reconozcan sus respectivos estatutos, que se utilizaran junto a la bandera de España en los edificios públicos y actos oficiales. Esta concurrencia de símbolos, -a los que hay que añadir las banderas de los Ayuntamientos y Diputaciones-, hacía necesario una norma que diera cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4 CE. Aunque la preferencia de la bandera de España se puede entender implícita, el constituyente no llegó a establecerla expresamente, limitándose en el apartado segundo a disponer el uso conjunto con la bandera nacional.

Además de la necesidad de regular la jerarquía de las banderas constitucionalizadas, era necesario también establecer los supuestos de exclusividad del uso de la bandera de España, puesto que el reconocimiento que hizo la Constitución en su artículo 2.1 a la autonomía de las nacionalidades y regiones, añadía un nivel administrativo más. Esto obligó a diferenciar, entre los órganos constitucionales y centrales de la Administración del Estado y los militares, de los órganos de la administración autonómica. Reservando el uso exclusivo de la bandera de España para los primeros y el uso conjunto obligatorio de la bandera nacional y autonómica en los segundos.

La ley de 1981 atendiendo al contexto de su época, trató de evitar que la bandera de España fuera utilizada con fines partidistas, que ya tenía su antecedente en el Real Decreto 2749/1978, de 24 de noviembre, el cual sólo permitía el uso de una sola bandera española, siempre que fuera autorizada, en las concentraciones y manifestaciones organizadas por los partidos políticos.

Con estos cuatro criterios, de preferencia, exclusividad, obligatoriedad y prohibición de apropiación ideológica de la bandera, recogidos en la Ley de 28 de octubre de 1981, se trató esencialmente de superar la ausencia de la bandera en las Comunidades Autónomas de Cataluña y el País Vasco y poner fin a las diversas interpretaciones que durante el pacto constituyente se habían realizado.

En efecto, la bandera no significa para todos lo mismo, y en especial para la generación de los constituyentes de 1978, que a ambos lados del espectro ideológico existía una representación muy distante del simbolismo de la bandera. Son paradigmáticas las palabras del diputado Solé Tura en la Comisión de Asuntos Constitucionales y libertades públicas, cuando afirmó que: “durante mucho tiempo los

símbolos de este Estado han sido símbolos de opresión, pero es tarea de todos terminar con esta concepción, con esta visión, y hacer que estos símbolos sean considerados como cosa propia”<sup>2</sup>. En el otro extremo interpretativo del simbolismo de la bandera, destacaba la intervención del senador Carazo Hernández, quien manifestó que: “La bandera, madre augusta y fecunda, vive la vigilia permanente de todas las horas, tristes o alegres de la Patria. Desde sus mástiles imbatibles preside las fiestas nacionales y lugareñas (...) Esa bandera es la más soberana razón, el único argumento para la soberanía de un pueblo que quiso y supo ser el genio de la raza, descubridor de un mundo y hoguera incandescente donde se templó el acero más civilizador de toda una época, poco menos que milenaria”<sup>3</sup>. Por tanto, el legislador consideró oportuno establecer mediante la ley un significado de la bandera que, sin dejar de ser lo que fue, estuviera también acorde con la nueva etapa constitucional, estableciendo en el artículo primero de la Ley 39/1981, que: “La 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”.

En este sentido, un dato a destacar es que ni el artículo 4.1 CE ni la ley de 1981 se refieren a la bandera como nacional, que era la forma tradicional de citarla, tal y como se recogía en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Estado 1/1967, de 10 enero<sup>4</sup> y en el Real Decreto 1511/1977, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Banderas y Estandartes, Guiones, Insignias y Distintivos<sup>5</sup>. El cambio semántico en la designación del símbolo patrio tenía la intención de fomentar la integración, no sólo de las distintas fuerzas políticas, sino también de los diversos territorios a los que la Constitución reconoció el derecho de autonomía en su artículo 2, y que tuvo su correlativo en los símbolos respectivos, reconociéndolos también en el artículo 4.2 CE. Se trataba, en definitiva, de encauzar los sentimientos autonomistas de Cataluña y el País Vasco, principalmente.

La ley de 1981 fue, como hemos anticipado, una respuesta precisamente a las reticencias y el inadecuado uso de la bandera en las instituciones públicas autonómicas. En esta línea cabe destacar el artículo 3 que establece de forma imperativa en su

---

<sup>2</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, nº 61, de 09/05/1978, p, 2110

<sup>3</sup> DSS-CC, nº 41, de 22/08/1978, p, 1678

<sup>4</sup> BOE nº 9 de 11/01/1967

<sup>5</sup> BOE nº 156 de 01/07/1977

apartado primero que: “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”. La expresión en imperativo categórico “deberá ondear” pone de manifiesto que la obligación en los edificios públicos no tiene carácter temporal, sino que ha de ser permanente. El Tribunal Supremo en la STS 2617/1988, de 14 de abril resolvió esta cuestión, porque se llegó a interpretar por el Ayuntamiento de Bilbao que uso de la bandera era coyuntural, dada la dicción literal de los artículos 6 y 7. El artículo 6.1 está redactado de manera condicional, “Cuando se utilice la bandera de España ocupará siempre lugar destacado, visible y de honor”; lo que dio pie a una interpretación conjunta con el artículo 3 en el sentido señalado. El Tribunal Supremo interpretó que la Ley 39/1981 regulaba dos situaciones diferentes en las que debe ondear la bandera de España. La primera, hace referencia al exterior de los edificios y establecimientos de la Administración del Estado, que sería la contenida en el artículo 3 de la Ley. Este caso, la bandera debe estar izada diariamente y con carácter permanente. Por ello el legislador utiliza las expresiones gramaticales en tono imperativo lo que denota un contenido normativo de naturaleza no coyuntural. La segunda situación regulada es a la que se refieren los artículos 6 y 7 que tiene carácter accidental o eventual. Esto es, cuando la bandera de España concurre con otras banderas, el legislador especifica el lugar que le corresponde, que ha de ser destacado, visible, de honor y con preeminencia respecto de las demás. Así cuando el número de banderas que ondee sea impar, a la bandera de España le corresponderá el lugar central. Si el número de banderas que ondeen es par, de las dos posiciones que ocupan el centro, la de la derecha de la presidencia o la izquierda del observador. Esta obligación se extiende –como señaló el Tribunal Supremo en la sentencia citada- aunque el edificio o establecimiento de la Administración se encuentre en obras.

La obligación de que ondee la bandera de España con carácter preferente, cuando se utilice junto a las autonómicas, en los edificios públicos se mantiene aun cuando se haya consentido su omisión por un largo periodo de tiempo. Es decir, no se consolida ningún derecho consuetudinario porque se omite el uso de la bandera en los edificios institucionales. Así lo afirmó la STS 5429/2007, de 24 de julio que desestimó la pretensión del Gobierno Vasco que alegó que durante más de veinte años la bandera de España no había sido izada en la Academia de Policía Vasca; y ello, aunque durante

ese tiempo había sido consentida la omisión por la Administración Central. El argumento del Tribunal Supremo era bastante obvio. En primer lugar, los actos contrarios a la Ley no pueden consolidar ningún derecho; y este sin lugar a duda alguna lo era, puesto que el artículo 3.1 de la Ley de 28 de octubre de 1981 establece la obligación de colocar la bandera de España en el exterior de los edificios. Pero, además, y por lo que al alegato principal del Gobierno Vasco se había hecho, en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español la costumbre sólo rige en defecto de ley aplicable, tal y como establece el artículo 1.3 del Código Civil. De tal forma que, aunque durante veinte años no se hubiera colocado la bandera en la Academia de Policía Vasca, ello no podía entenderse como hecho generador de ninguna norma jurídica, porque la ley sólo puede ser derogada por otra ley y no por su falta de uso, como ya estableció el artículo 2.2 del Código Civil y posteriormente la Constitución de 1978 lo consagró en el principio de legalidad, contemplado en su artículo 9.3 CE. Ni siquiera el Tribunal Supremo llegó a admitir la extemporaneidad del requerimiento realizado por la Administración General del Estado al Gobierno Vasco, en base a lo preceptuado en el artículo 44.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, que debe producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma o bien desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad, en este caso, la no colocación de la bandera; porque tal actividad era un incumplimiento continuado y el plazo permanecía abierto<sup>6</sup>.

La bandera de España, como queda puesto de manifiesto por la interpretación conjunta e integradora de los cuatro primeros artículos de la CE, representa los valores superiores que la Constitución propugna del Estado, es símbolo de la soberanía nacional residenciada en el pueblo español y de la unidad e indivisibilidad de la Nación española, patria común de todos los españoles. De lo anterior deriva el fundamento del artículo 3 de la Ley 39/1981 cuando establece la obligación de que ondee en los edificios o establecimientos de las Administraciones Públicas, porque son lugares donde se ejerce directa, o delegadamente, la soberanía y en ellos, se desarrolla la función pública en toda su amplitud e integridad, sea del orden que fuere, de acuerdo con los valores, principios, derechos y deberes constitucional. En consecuencia, el Tribunal Supremo ha reconocido “que la utilización e instalación de la bandera española, conforme a las

---

<sup>6</sup> Esta doctrina fue reiterada en las SSTS 6197/2008, de 25 de noviembre, 6564/2008, de 2 de diciembre y 2760/2009, de 12 de mayo

prescripciones constitucionales y a la ley 39/1981, de 28 de octubre, representa un indudable interés por la legalidad”<sup>7</sup>, correspondiendo a cualquier ciudadano español un interés para que la bandera de España sea izada y ondee con los honores que el ordenamiento jurídico le reconoce. Por lo tanto, cualquier ciudadano puede instar a las autoridades competentes a la observancia de las prescripciones legales, a fin de que adopten las medidas previstas en el artículo 9 de la Ley 39/1981, esto es, la corrección de facto de las infracciones en que se haya incurrido, restableciendo la legalidad<sup>8</sup>, careciendo este precepto de naturaleza sancionadora<sup>9</sup>.

Por otra parte, el artículo 8 de esta Ley prohíbe “la utilización en la bandera de España de cualesquiera símbolos o siglas de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas”. El sentido de esta prohibición es dejar fuera de la contienda partidista un símbolo que es patrimonio de todos los españoles; tratando evitar la apropiación ideológica de la bandera en beneficio de los partidos políticos. Como ya se indicó, este precepto tiene su antecedente en el Real Decreto 2749/1978, de 24 de noviembre. Pero a diferencia de éste –que prohibía el uso de la bandera por los partidos políticos-, la Ley de 1981 lo que no permite es la incorporación a la bandera de elementos propios de los partidos políticos o de entidades privadas. Con parecida finalidad el artículo 46.5 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, también prohíbe presentar “candidaturas con símbolos que reproduzcan la bandera o el escudo de España (...)”. Sobre este tema la STS 351/2017, de 1 de marzo, resolvió el caso de un partido político que envió la propaganda electoral en sobres con la bandera de España y el escudo. La Junta Electoral Central entendió que la utilización de estos símbolos no resultaba admisible de acuerdo con los artículos 8 de la Ley 39/1981 y 46.5 de la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General, porque suponía una vinculación de la bandera a ese partido político y además podía

---

<sup>7</sup> STS 2206/2002, de 25 de marzo FJ 4 b).

<sup>8</sup> Si bien la STS 2206/2002 reconoce un interés en vía administrativa para instar a la autoridad competente al cumplimiento de la legalidad conforme a la Ley 39/1981; cuando se trata de ejercitar la acción en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, realiza un complicado argumento para que se justifique un interés difuso que tenga conexión con la pretensión deducida, singularizando una posición personal que le habilite en la pretensión correspondiente. En mi opinión sería suficiente con el interés legítimo del artículo 24.2 CE, en la medida que el Tribunal Constitucional lo ha identificado con un interés personal protegido por el Derecho; y si la bandera simboliza –entre otras cosas- la soberanía del pueblo español, cualquier ciudadano como miembro de ese colectivo estaría legitimado para accionar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para interesar el restablecimiento de la legalidad.

<sup>9</sup> STS 351/2017, de 1 de marzo, FJ 10.

inducir a confusión al aparentar los sobres que podía tratarse de un correo oficial<sup>10</sup>. El Tribunal Supremo declaró no ajustadas a derecho las resoluciones de la Junta Electoral Central, porque el envío de sobres de propaganda electoral con los colores de la bandera de España de un modo respetuoso, es análogo al uso de la bandera de forma estática en los actos electorales. El artículo 8 de la Ley 39/1981 no prohíbe la utilización de la bandera en estos actos (FJ 12).

La sentencia citada cuenta con un voto particular discrepante de la mayoría, que se orienta en el sentido que lo hizo la Junta Electoral Central, al entender la Magistrada disidente que se trataba de “un uso de la bandera y del escudo con fines partidarios”, de acuerdo con los preceptos antes indicados.

La cuestión no parece pacífica si no se analiza cual es el problema de fondo en la utilización de la bandera nacional por los partidos políticos. El sentido de la expresión apropiación partidista de la bandera puede significar dos cosas. La primera, que a la bandera que constitucionaliza el artículo 4.1 CE se le incorporen signos, símbolos, siglas o cualquier otro elemento propio de un partido político, entonces deja de ser la bandera de España para convertirse en la bandera de un partido. Es una apropiación en sentido material, podríamos decir. Un símbolo del Estado pasa a ser el símbolo de una asociación privada. Esta conducta es la que prohíbe el artículo 8 de la Ley.

La segunda interpretación que puede tener la expresión apropiación partidista, no es de aquella conducta que customiza la bandera, sino una visión ideológica de lo que simboliza, que se haría coincidir con los postulados ideológicos del partido. Esto es, la bandera materialmente no sufre ninguna alteración en su estructura, composición y formación, pero el símbolo es reivindicado para identificarlo con una concreta ideología.

Esta idea de evitar la apropiación ideológica del símbolo nacional tiene su origen en el espíritu de la transición política, con la clara finalidad integrar bajo los colores históricos de la bandera a las fuerzas de izquierda, que la habían considerado -posiblemente de manera errónea- como la monárquica y símbolo de la opresión de la dictadura franquista. En parte el Real Decreto 2749/1978, de 24 de noviembre, respondió a esta tendencia, cuando prohibió la profusión de banderas nacionales en los

---

<sup>10</sup> Acuerdo de la JEC nº 565/2015, de 9 de diciembre



actos de partido. Sin embargo, hay que admitir que el pluralismo político, como valor superior de la Constitución, así como el derecho fundamental a la libertad ideológica, permiten que cualquier formación política pueda defender una determinada visión de España y consecuentemente afirmar que la bandera responde a ella.

En el sentido expuesto no se puede hablar de apropiación o de uso partidista de la bandera, sino de una simple manifestación ideológica que aquella, como símbolo de los valores constitucionales, también ampara.

## **5. LA PROTECCION DE LA BANDERA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

La STC 190/2020, de 15 de diciembre<sup>11</sup> aborda por primera vez el conflicto entre el delito de ultrajes a España (art. 543 CP) y el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE) en conexión con el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE). Los hechos objeto de valoración por el Tribunal fueron los siguientes: el representante de la Confederación Intersindical Galega, concentrado con varias personas más en el Arsenal militar de Ferrol por una reivindicación laboral, en el momento en el que se procedía al izado de la bandera nacional, con interpretación del himno nacional y posición de arma presentada por la fuerza militar que rendía honores, utilizando un megáfono dijo *“aquí tedes o silencio da puta bandeira”* y *“hai que prenderlle lume á puta bandeira”*, que en traducción al castellano es *“aquí tenéis el silencio de la puta bandera”* y *“hay que prenderle fuego a la puta bandera”*.

Parece indudable que la bandera, como símbolo nacional, puede constituir un límite legítimo a la libertad de expresión bajo ciertas circunstancias fácticas. En la STC 94/1985, de 29 de julio, FJ 7, el Tribunal reconoció el valor constitucional de los símbolos políticos del Estado, al indicar que *“(…) el símbolo político acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección*

---

<sup>11</sup> BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021

dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos jurídicos (...). En el caso de la bandera de España el argumento limitativo adquiere un peso indiscutible –como bien constitucional protegido- al constitucionalizar el símbolo en el Título preliminar de la Constitución, protegido por la reforma agravada prevista en el artículo 168 CE, formando parte así del orden constitucional.

No obstante, de un lado, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, en nuestro ordenamiento no tiene cabida el “sistema de democracia militante”, razón por la que los derechos fundamentales no pueden limitarse aunque “se utilicen con una finalidad anticonstitucional” (STC 235/2007, FJ 4); de otro, la libertad de expresión constituye una garantía básica e imprescindible del “principio de legitimidad democrática” (STC 6/1981, FJ 3), amparando no sólo la difusión de ideas u opiniones que tengan favorable acogida, “sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población” (STC 235/2007, FJ 4). La doctrina constitucional ha afirmado que al amparo de la libertad de opinión cabe cualquiera idea, “por equivocada o peligrosa que pueda parecer (...), incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan” (STC 176/1995, FJ 2).

La posición preferente de la libertad de expresión (art. 20 CE) en conflicto con la protección de la bandera como símbolo de España, ha sido planteada por primera vez ante la jurisdicción constitucional en la sentencia citada (STC 190/2020), permitiendo examinar la legitimidad de la condena penal (art. 543 CP).

La sentencia descarta en primer lugar que la cuestión sometida sea un problema de previsión legal abstracta de la protección que el artículo 543 CP depara al símbolo nacional. La STC 119/1992, declaró conforme a la Constitución un precepto de similar redacción al actual<sup>12</sup>. Más concretamente y en referencia al vigente artículo 543 CP, indica que la norma penal “persigue un fin legítimo, no es indeterminada y está prevista en la ley de forma accesible y previsible” (FJ 2); de tal forma que el bien jurídico protegido por el precepto es “el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución” (FJ 2). La sentencia comentada, en el FJ 3 realiza una amplia exposición sobre la doctrina constitucional de la libertad ideológica en conexión con la libertad de

---

<sup>12</sup> Se refería al artículo 10.1 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, al disponer que “Los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo 4º del presente texto, se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes”

expresión, para concluir en el FJ 4 con un análisis del control por parte del Tribunal sobre la aplicación del artículo 543 CP, que sólo será legítima si “es compatible con el contenido constitucional de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en conexión con la libertad ideológica (art. 16.1 CE)”. Esto es, si existe verdadero ejercicio de la libertad de expresión y no una vana invocación del derecho fundamental como “mero pretexto o subterfugio para, a su pretendido amparo, cometer actos antijurídicos” (FJ 4). El Tribunal parte, en primer lugar “delimitando” el contenido de la libertad de expresión, para determinar “si la conducta objeto de sanción pertenece al ámbito propio del derecho fundamental invocado y, en consecuencia, está amparado por el mismo” (STC 137/1997, FJ 2). No se trata de fijar los límites al ejercicio del derecho, que será una fase posterior (si procede), sino de comprobar si el contenido del derecho ha sido respetado por el Juez penal. A éste incumbe con carácter previo a la administración del ius puniendi del Estado, analizar “si en la conducta enjuiciada concurren aquellos elementos que la Constitución exige en su art. 20.1 a) y d) para tenerla por un ejercicio de las libertades de expresión e información” (STC 127/2004, FJ 2); y solo si resultara negativo el análisis podrá subsumir la conducta en el tipo penal. Fuera de este supuesto, cuando la conducta reprochada se encuentra dentro del contenido del derecho a la libertad de expresión y respeta los límites para su ejercicio, aunque fuera posible la subsunción literal en el tipo penal, la conducta no podrá ser sancionada (STC 190/2020, FJ 4). Por último, el juez penal ha de observar escrupulosamente el juicio de proporcionalidad en la limitación del ejercicio a la libertad de expresión, para no incurrir en el efecto desaliento, convirtiendo el Derecho penal en un factor de disuasión del ejercicio de los derechos fundamentales (STC 35/2020, FJ 4).

La libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental, no tiene carácter absoluto, cuyos límites han sido perfilados en una asentada doctrina constitucional, quedando fuera del contenido del derecho aquellas expresiones, que en las concretas circunstancias del caso, sean “injuriosas, ultrajantes u oprobiosas”, esto es, aquellas que se puedan calificar como tales, y no tengan “relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas” (STC 190/2020, FJ 3). El factor relacional o de conexión con el mensaje que se quiere transmitir y su finalidad, son los elementos que configuran el límite del derecho constitucionalmente protegido en un caso concreto. No la expresión en sí misma, sino las circunstancias de tiempo, modo y lugar que concurren en su ejercicio

son las configuradoras de la delimitación del derecho, o si se quiere, de su calificación jurídica.

Pero, además, el límite del derecho no queda perfeccionado por las características expuestas del mensaje, sino que lo determina también la especificidad del derecho o bien constitucional con el que entra en conflicto. En la protección al símbolo nacional que significa la bandera de España, son las concretas funciones que aquella desarrolla las que determinan el lícito ejercicio de la libertad de expresión. Como recoge la citada STC 190/2020, “cumple una función integradora de la comunidad, (...) que refuerza el sentido de pertenencia a ella” (FJ 5), lo que la hace tributaria de respeto y protección como elemento integrante del orden constitucional, independientemente de que algunas personas no compartan lo que simboliza. Pero esto es otra cuestión. La expresión disidente tiene plena acogida en el derecho a la libertad de expresión, aunque atente contra el orden constitucional, porque éste no tiene ningún punto moral irreductible que permita excluir el mensaje por su simple contenido; sino porque la libertad de expresión es un derecho fundamental regulado en su ejercicio. Dicho de otra forma, “cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional” (STC 177/2015, FJ 2 c). “El objeto o contenido del derecho es configurado por su titular” (García Guerrero, 2018:238), pero lo que aquel no puede determinar de forma libre y absoluta es el modo de transmitir el mensaje que se configura como una responsabilidad del emisor.

En el caso que resolvía la STC 190/2020, las expresiones proferidas por el recurrente de amparo “*aquí tedes o silencio da puta bandeira*” y “*hai que prenderlle lume á puta bandeira*”; según la valoración del Tribunal Constitucional, por el momento elegido “izado de la bandera nacional, con interpretación del himno nacional y la guardia militar en posición de arma presentada”, la utilización de la expresión “puta” para referirse a la bandera, unida a la de “hay que prenderle fuego”, son dos expresiones innecesarias “para sostener el sentido y alcance de las reivindicaciones laborales defendidas por los concentrados” (FJ 5); esto es, carentes de conexión con la finalidad del mensaje. Además, el Tribunal valoró también el “intenso sentimiento de humillación” que supuso para los militares que rendían honores a la bandera y otras personas que participaban en la concentración.

Los anteriores elementos determinaron un menosprecio al símbolo del Estado, al calificar a la bandera como “puta” y de la expresión “hay que prenderle fuego”, conlleva un mensaje no solo de “rechazo” a la simbología política “menospreciativa de los sentimientos de unidad y de afinidad que muchos ciudadanos puedan sentir por aquella”, sino también de “beligerancia (...) hacia los principios y valores que aquella representa”. En definitiva, el mensaje conlleva “un sentimiento de intolerancia y de exclusión que se proyecta con su afirmación a todos aquellos ciudadanos que sientan la bandera como uno de sus símbolos de identidad nacional y propios” (FJ 5), quedando por tanto fuera del regular ejercicio de la libertad de expresión.

## **6. CONCLUSIONES**

La protección constitucional de la bandera de España como símbolo del Estado y de la nación, tiene su fundamento en la función integradora que significa y representa, a la vez que refuerza el sentido de pertenencia a la comunidad política. Estas características específicas son las que se erigen como límite a la libertad de expresión, que bajo las concretas circunstancias que concurran en su ejercicio, pueden conllevar la exclusión de la protección del mensaje que depara el artículo 20 CE.

La expresión disidente sobre el significado del símbolo tiene plena acogida en la libertad de expresión del artículo 20. 1 a) y d) CE y de la libertad ideológica, art. 16.1 CE. No se cuestiona desde la perspectiva constitucional el mensaje, aunque pueda comportar una idea contraria al orden establecido por la Carta Magna, pero será una responsabilidad del titular del derecho a la libre comunicación escoger las circunstancias de tiempo, modo y lugar para su ejercicio, de tal forma que respete (aún en la disidencia política) el sentimiento de unidad y pertenencia histórica a la Nación española que para el resto de ciudadanos comporta la bandera.

No se trata de imponer coactivamente la integración en el Estado, sino de articular las reglas de ejercicio del derecho a la libertad de expresión para que no lesione de forma innecesaria el contenido de los demás derechos fundamentales, entre los que se encuentra la libertad ideológica de quienes defienden la carga simbólica e histórica que atesora la bandera.

## REFERENCIAS

GARCIA GUERRERO, J.L. (2018). Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea, Tomo II. Los Derechos Fundamentales. “*La libertad de expresión y Comunicación*”. Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCIA PELAYO, M. (1991). Obras Completas, Tomo I “*Ensayo de una Teoría de los Símbolos Políticos*”. Madrid: CEPC.

Relación de sentencia del Tribunal Supremo:

STS 2043/1969, de 21 de noviembre.

STS 983/2016, de 11 de enero.

STS 134/1981, de 7 de febrero.

STS 2617/1988, de 14 de abril.

STS 1362/1989, de 28 de abril.

STS 377/1990, de 7 de febrero.

STS 2206/2002, de 25 de marzo.

STS 5429/2007, de 24 de julio.

STS 6197/2008, de 25 de noviembre.

STS 6564/2008, de 2 de diciembre.

STS 2760/2009, de 12 de mayo.

STS 351/2017, de 1 de marzo.

STS 311/2022, de 29 de marzo.

Relación de sentencias del Tribunal Constitucional:

STC 6/1981, de 16 de marzo.

STC 94/1985, de 29 de julio.

STC 119/1992, 18 de septiembre.

STC 176/1995, de 11 de diciembre.

STC 137/1997, de 21 de julio.

STC 127/2004, de 19 de julio.

STC 235/2007, de 7 de noviembre.

STC 177/2015, de 22 de julio.

STC 35/2020, de 25 de febrero.

STC 190/2020, de 15 de diciembre.