

## EL HIMNO COMO SÍMBOLO DEL ESTADO: DIMENSIÓN JURÍDICO-POLÍTICA\*

Joaquín BRAGE

SUMARIO: I. *La dimensión política del himno*. II. *La dimensión jurídica del himno en el ordenamiento interno y en el internacional*. III. *La protección jurídica del himno y el necesario contrapeso o balancing con derechos fundamentales eventualmente colisionantes (en especial, el lenguaje ofensivo al himno)*. IV. *Bibliografía*.

### I. LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL HIMNO

Los símbolos políticos han sido tratados por la doctrina jurídica y politológica hace tiempo (entre nosotros, especialmente por García Pelayo, 1991: 987 y ss.) y sin ánimo de trazar siquiera un boceto de una *Theorie der Symbole* (Smend, 1994, I: 477) sí que trataremos aquí de aproximarnos a la idea de los himnos nacionales como manifestación concreta de los símbolos (políticos) del Estado y a algunas de las cuestiones más importantes que plantea al derecho constitucional. Empecemos por algunas reflexiones sobre los símbolos del Estado, algo que solo por aproximación es posible, dada la irracionalidad que caracteriza a estos básicamente y que hay que comenzar también por señalar.

Ya el Ihering conceptualista destacaba en su obra sobre *El espíritu del derecho romano* (*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*) que se denominaban símbolos los elementos y las acciones que representan de una manera sensible un contenido intelectual y que tales símbolos proporcionaban “una satisfacción de los sentidos, un placer poético causado por la representación sensible de las cosas intelectuales; es el encanto de la plástica de la idea que se impone” (Lucas Verdú, 1997: 230).

\* Este trabajo se ha publicado en el libro coordinado por Miguel Ángel Alegre Martínez, *El himno nacional*, Madrid, Tecnos, 2008.

En general, el símbolo es la plasmación o manifestación plástica y sensible de una idea, que tiene contenidos fuertemente irracionales que son los que le permiten transmitir un significado no accesible a la palabra como signo humano racional de comunicación entre los hombres. Y el símbolo político de un Estado (o comunidad política), podríamos decir, expresa la identidad y unicidad<sup>1</sup> (significación positiva) y la diferenciabilidad<sup>2</sup> (significación negativa), en las dos grandes dimensiones (en el tiempo y en el espacio), de un Estado o comunidad políticas frente a los demás (Schmitt tenía razón en que no hay nada político si no hay “otro” frente a quien afirmarse, aunque no en que este tenga que ser un “enemigo” a quien hacer la guerra, idea o terminología que, sin embargo, también mantiene García Pelayo, aplicándola a los símbolos políticos (1991: 992)).

Más en concreto, el himno nacional (o de una comunidad política), que como tantos conceptos políticos tiene un marcado origen religioso (el himno es originariamente una composición poética coral en honor a la divinidad), cumple, como los restantes símbolos político-estatales, al menos estas funciones:

a) *Función representativa*. Los símbolos del Estado son una forma de autorrepresentación de cada Estado o comunidad (o del Estado o comunidad que se pretende “inventar” o llegar a ser, pues el himno es parte importante de la mitología del Estado-nación o de la comunidad); una manera de *self-representation* por la que cada Estado o comunidad se define a sí mismo frente a los demás (estos símbolos conforman la llamada “comunidad imaginada”), y ello en las dos dimensiones básicas: en el tiempo y en el espacio (dimensión básicamente externa del himno).

En esta línea, el himno —junto con la/s bandera/s, la capital o los días festivos nacionales—, idealmente al menos, es un elemento de representación simbólica por concentración de una comunidad a través del que se explicita plásticamente y de manera sensible la existencia de una nación y la comunidad en que se fundamenta esta, sus valores, tradiciones, historia, metas, etcétera. Como lo dijo el Tribunal Supremo estadounidense en *Texas v. Johnson*, bien que respecto de la bandera, “el propio propósito

<sup>1</sup> Aunque, por lo que a los himnos se refiere, hay que decir que Nueva Zelanda tiene dos himnos nacionales; pero ello no obsta a que cada uno de ellos, en su respectivo ámbito de uso, exprese esa unicidad de que hablamos.

<sup>2</sup> Esta diferenciabilidad, en el caso de los himnos como símbolos del Estado, a veces sólo se concreta en la letra, siendo la melodía del himno nacional en algunas ocasiones, y por razones diversas, idéntica a la de otro himno de otro Estado, región, etcétera.

de una bandera nacional es servir como un símbolo de nuestro país; es, podría decirse, ‘la única manifestación sensible de doscientos años de nacionalidad’... Cargada con contenido expresivo, la bandera identifica tan rápidamente a esta nación como lo hace la combinación de letras encontrada en ‘América’...”. Podríamos decir también que el himno nacional es un símbolo inmaterial y cultural, pero de gran valor identitario, en el tiempo y en el espacio.

Como dice Rosatti (2004: 5):

La identificación común, el sentido de pertenencia, la necesidad de sentirse continuación de un pasado compartido y de comunicar esta circunstancia a futuras generaciones (y otros tantos factores de índole cultural —ajenos al criterio de ‘éxito’—) explican también la supervivencia de los Estados. Estos factores, caracterizados por su inasibilidad, serían volátiles si no existiera una actividad destinada a transformarlos en ‘símbolos’, de modo de hacerlos perdurar en el tiempo. El ‘símbolo’ (bandera, himno, nombre, etcétera) condensa valores y sentimientos; su eficacia consiste en una paradoja: por un lado ‘reemplaza’ a aquello que por su naturaleza no puede ser cosificado, pero a la par su presencia ‘evoca’ (es decir ‘recuerda’) a todo aquello que reemplaza.

La función simbólico-representativa en realidad parte, en gran medida, de la ficción de que el símbolo es el Estado mismo, y así se explica que nuestro Código Penal en España equipare a todos los efectos las ofensas o ultrajes al himno (o cualquier símbolo del Estado) a las ofensas o ultrajes a España misma.

Y como hemos dicho, esta función de representación del Estado o la comunidad política la cumplen los himnos en la doble dimensión cronoespacial:

- Por un lado, la dimensión cronológica permite que el himno sea un elemento de ruptura, o simplemente de distanciamiento, respecto de periodos anteriores (por ejemplo, los nazis prohíben tajantemente “La Marsellesa” en Francia durante la ocupación, pasando así a convertirse en, o reforzarse como, un elemento simbólico de resistencia; en los países iberoamericanos, los himnos tienen una fuerte componente de liberación frente a España y de ruptura con un pasado que se rechaza, y en nuestro país, el “Himno de Riego” de la II República surge, por razones obvias, frente a la tradicional Marcha de Granaderos o Marcha Real española,<sup>3</sup> y a la inversa,

<sup>3</sup> De ahí el malestar cuando recientemente se ejecutó el Himno de Riego como Himno nacional español en Australia en cierto acontecimiento deportivo.

el retorno a esta durante la dictadura y en esencia hasta hoy es una contra-reacción), lo cual puede ser necesario en ocasiones (no obstante, no se ha considerado preciso en el caso de España hasta hoy marcar distancias significativas con el himno tradicional, restaurado en el franquismo tras el lapso republicano, lo que, por lo que ahora diremos, nos parece acertado, sin perjuicio de lo que luego matizaremos respecto de la falta de letra de dicho himno). Pero junto a esta función excepcional, lo normal es que el himno sirva, justamente al revés, como elemento que simboliza la perpetuación de la nación, su permanencia, su unidad y comunidad de valores, ¡su cultura propia!, la continuidad histórica (transmisión del sentimiento identitario, con sus valores y contenidos, a las generaciones ulteriores), y ello por más que sus integrantes y desde luego también, como es propio de toda democracia y exigencia ineludible del transcurso del tiempo en cualquier caso, sus concretos dirigentes políticos (incluso hasta los monarcas, donde los haya) cambien, bien entendido que también esa cultura propia a que nos referíamos, sin perder por ello su carácter propio y especificidad, no solo cambiará (evolucionará) también a lo largo del tiempo, sino que será una cultura, como es propio de una democracia, plural, por un lado (especialmente en un país descentralizado, con territorios históricos con lengua propia, y con nacionalismos regionales con peso social y político, como España), y además, por otro lado, será una cultura permeable a la influencia ajena, especialmente en la época de la globalización en que vivimos, y también a la homogeneización (por ejemplo, pensemos en la cultura de los derechos fundamentales: en el caso *Texas v. Johnson*, la bandera opera como símbolo de la libertad en cuanto elemento estructural de la sociedad estadounidense, ¡también la libertad de los que atacan a la bandera!).

- Por otro lado, el himno permite diferenciar a un Estado o comunidad política de otros en el espacio, aun cuando se interprete fuera del territorio nacional, pues lo que pretende es incluso entonces evocar sensiblemente la presencia (no real) de la patria, con toda su significación. Por ello, es fundamental para ellos la peculiaridad, singularidad, diferenciabilidad, evitándose al máximo la confusión, si bien cabe la posibilidad de que dos países, por razones varias, tengan la misma melodía como himno nacional pero con diferentes letras (es el caso, por razones diversas, de Liechtenstein, Noruega y Reino Unido; Grecia y Chipre; Finlandia y Estonia; o Serbia y Polonia, solo en Europa... y Rhodesia tiene como himno el

de la Unión Europea). Ahora bien, los himnos, como los restantes símbolos estatales, han de ser símbolos de *todo* el Estado, y no solo de una de sus partes (territoriales, ideológicas, generacionales, religiosas): necesariamente, hacia dentro han de tener un contenido y sentido unificadores y no disgregadores, todo ello sin perjuicio de su compatibilidad con la existencia de otros símbolos o himnos que representen específicamente a una o varias partes de la comunidad política o el Estado que, a su vez, constituyan una comunidad política o Estado (Himno europeo/Himno nacional/Himnos de los estados federados o regiones o comunidades autónomas), pudiendo existir incluso ciertas tensiones.

*b) Función de integración y transmisión condensada y emocional de los valores y la historia de una comunidad política.* Los himnos son una forma de promoción del Estado entre los ciudadanos, a fin de que estos se sientan identificados con el Estado al que pertenecen y los valores en que se basa (dimensión esencialmente interna del Estado, función integradora) y así se genere, mantenga, refuerce y consolide un cierto consenso básico de la comunidad organizada en el Estado.<sup>4</sup> El himno, junto con los otros símbolos estatales,

<sup>4</sup> Nos parece que hoy cobra más fuerza entre nosotros también el “patriotismo reflexivo” que Tocqueville ya apreciaba en Estados Unidos frente al “patriotismo instintivo”, si bien hoy en Europa también se trata de una cuestión de intensidad o dosis y no de opción radical excluyente por uno u otro, y ambos patriotismos se materializan, exteriorizan y encauzan a través de los himnos. Decía Tocqueville (1994, 244 y ss.): “Existe un amor a la patria que tiene principalmente su fuente en el sentimiento irreflexivo, desinteresado e indefinible, que liga el corazón del hombre a los lugares que le vieron nacer. Ese amor instintivo se confunde con el cariño a las costumbres antiguas, con el respeto a nuestros mayores y el recuerdo del pasado. Los que lo experimentan quieren a su país como a la casa paterna... Como todas las pasiones irreflexivas, ese amor al país impulsa a grandes esfuerzos pasajeros más bien que a la continuidad de los esfuerzos. Después de haber salvado al Estado en tiempo de crisis, lo deja a veces languidecer en el seno de la paz... Cuando los pueblos son todavía sencillos en sus costumbres y firmes en su creencia; cuando la sociedad reposa dulcemente sobre un orden de cosas antiguo, cuya legitimidad no es discutida, se ve reinar ese amor a la patria... Hay otro más racional que ese; menos generoso, menos ardiente tal vez, pero más fecundo y durable. Nace de la cultura, se desarrolla con ayuda de las leyes, crece en el ejercicio de los derechos y acaba en cierto modo por el confundirse con el interés personal. El individuo comprende la influencia que tiene el bienestar del país sobre el suyo propio; sabe que la ley le permite contribuir a producir ese bienestar y se interesa por la prosperidad de su país, primero como una cosa que le es útil y enseguida como su propia obra... digo que el medio más poderoso, y quizás el único que nos queda, para interesar a los hombres en la suerte de su

como dice Zippelius, genera vínculos emocionales, refuerza el sentimiento de pertenencia a una nacionalidad y permite a cada ciudadano participar en el éxito (pero también en el fracaso, añadiríamos por nuestra parte, pues decía Renan, y nos recuerda García Pelayo (1991: 992), que los días de llanto unen más que los días de gloria) de otros nacionales, por ejemplo en unos Juegos Olímpicos o en los Premios Nobel, dando cauce ordenado y simbólico a ese sentimiento de autoidentificación comunitaria. Como es fácil comprender, esta función se refuerza de modo natural tan pronto como hay “confrontación con el otro”, es decir, con los otros Estados (desde las competiciones deportivas o científicas hasta, en el extremo, las guerras o las situaciones de fuertes tensiones con otros Estados), y de manera especial cuando se logra la victoria sobre el otro.

Y es que, en general, los símbolos son un mecanismo vigoroso de comunicar al otro —con una plasticidad y densidad de contenido irracionales en gran medida, pero también por ello de un modo inaccesible muchas veces a la palabra— unas ideas, y permiten convencer a sus destinatarios e influirles de una manera frecuentemente más efectiva, quizá por emocional e irracional, que la palabra; tienen una capacidad de

patria, es el de hacerles participar en su gobierno. En nuestros días, el espíritu local me parece inseparable del ejercicio de los derechos políticos; y creo que desde ahora se verán aumentar o disminuir en Europa el número de ciudadanos en proporción a la extensión de esos derechos”. Y hoy en día, la situación no ha cambiado esencialmente. Como nos dice Corradi (2006), “Ser ciudadano norteamericano no significa tanto participar en el manejo de la res publica como pertenecer a una comunidad que practica la “forma de vida norteamericana”, que comparte sus valores y su sentido de “destino manifiesto”. Las palabras claves de este modo de participación son “sujeción” (attachment), “adhesión” (allegiance) a los valores propios, y “rechazo” (rejection) de valores contrarios. Estas actitudes están asociadas a mitos, valores, sentimientos, miedos y emociones. En cierta medida, toda comunidad política, en cualquier país, tiene un sustrato emocional de este tipo. La peculiaridad norteamericana es la ubicuidad de esos símbolos y su repetición constante (por ejemplo, todo evento deportivo comienza con la ejecución del himno nacional) en detrimento de un activismo a una escala mayor que la local (barrio o aldea) o segmentaria (profesión o hobby). La “persona común” se moviliza para la construcción de una escuela, o para discutir el emplazamiento de un semáforo, o se siente profundamente afectada por algunos valores básicos (la vida, el aborto, el medio ambiente, la religión, etc.). La tendencia al pragmatismo cotidiano por un lado y al fundamentalismo de valores por el otro, son las dos variables del participacionismo norteamericano”. Coincide con esta visión en gran medida, Simmel, a quien cita aprobadoramente Lucas Verdú (1997, 230), al señalar que “la importancia de un símbolo material para la conservación de una sociedad aumentará cuando aquel, además de su contenido simbólico, represente una posición real y, por consiguiente, la acción centralizadora de su objeto dependa —o aumente— del hecho de encontrarse en él los intereses materiales de todos los miembros del grupo”.

condensación y concentración ideológica a través de una estructura muy simple que solo es posible por su fuerte componente irracional. Esto es lo que permite que los símbolos políticos del Estado sean, en la plástica definición de Eichenberger, “fuentes irracionales del consenso”, y gráficamente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos los ha definido en *West Virginia State Board of Education v. Barnette* como un “short cut from mind to mind”; así ocurre también en general con la música, y mucho más cuando esa música, como ocurre con los himnos nacionales, opera como un símbolo político-estatal. Indudablemente, la importante función que los símbolos cumplen, o pueden cumplir, como elementos de dirección y cohesión psicológica de los hombres, es su misma *ratio essendi*, el motivo por el que fueron creados, lo que no solo no los torna ilegítimos en sí, sino al contrario, ingredientes indispensables (o, con mayor precisión, insustituibles funcionalmente), al día de hoy, de toda estatalidad (como residuo de la conciencia mítica que todavía no ha abandonado al hombre), pero también es algo que nos advierte del riesgo, nada desdeñable, de su abuso o utilización partidaria o sectaria, y no integradora, como han hecho todos los totalitarismos, pero no solo ellos.

Es importante destacar también algo que es mérito de García Pelayo (1991: 991) al haberlo puesto de relieve, y es que “la función del símbolo político no se agota en comunicar algo, como el mero símbolo discursivo o lógico, sino que tal comunicación no es más que el supuesto para promover y sustentar el proceso integrador; su función no es solo dar a conocer unas significaciones, sino transformarlas en acción”. Nos parece que a algo de esto se refiere el artículo 17 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en ese ámbito especial, cuando establece que “el espíritu que anima a la Institución Militar se refuerza con los símbolos transmitidos por la Historia. Los símbolos fortalecen la voluntad, exaltan los sentimientos e impulsan al sacrificio”. A ello se añade, además, que, como señala García Pelayo (1991: 996), “un símbolo realmente operante, un símbolo en la plenitud de su función, posee una tensión y un vigor integradores de primer orden”. Por todo ello, el símbolo “se orienta no sólo al mundo mental, sino... también al existencial”.

Esta es, en suma, la función de integración que los símbolos políticos cumplen. Y el principal teorizador político-constitucional del valor integrador de los símbolos fue Smend, para quien el elemento central de la existencia de un Estado está en lo que él llama “integración” o sentimiento de pertenencia emotiva a una colectividad.<sup>5</sup> Smend diferencia entre la

<sup>5</sup> Frente a su posición, se ubican, por un lado, Kelsen, y por otro, Schmitt. Como

integración personal, la funcional o procesal y la material u objetiva, si bien todas estas formas de integración, con sus más diversas variantes, han de entenderse, no como compartimentos estancos, sino como “momentos de una dinámica homogénea, esto es, como momentos de un sistema integrador” (Smend, 1985: 107). La tercera forma de integración (material u objetiva) es la que nos interesa, pues se refiere a un conjunto de valores que son vividos como comunes por la comunidad, se trata de una socialidad de las vivencias sustantivas. El Estado, para Smend, no es una suma de elementos disgregados, sino una unidad individual, una totalidad que se halla determinada por la concreción de valores sustantivos en situaciones históricas determinadas. Su eficacia integradora es particularmente eficaz en el Estado contemporáneo, hasta el punto de serle extraña al individuo su racionalidad, por lo que se hace preciso que esta integración se manifieste de modo institucional a través de la representación de los valores históricos que tienen vigencia actual en símbolos políticos tales como himnos nacionales (Smend, 1994, II: 484), pero también banderas, escudos, jefes de Estado (en especial, los monarcas), las ceremonias políticas y las fiestas nacionales o a través de acontecimientos políticos, como una batalla o a través de los derechos fundamentales. Nuestro Tribunal Constitucional, naturalmente sin citar a Smend, ha hecho suya esta visión smendiana del símbolo en la STC 94/1985.

Lo que ahora importa es que el himno sería un modo de integración material u objetiva de gran trascendencia, a juicio de Smend (1985: 96-97), pues la eficacia integradora de los símbolos es inmensa; los mismos son la representación institucional de los valores históricos, que en los símbolos quedan concentrados en un momento concreto y representados por dicho símbolo.

Y Smend da una explicación:

La enorme fuerza integradora de los contenidos simbólicos se debe, sin embargo, no sólo a que por su propia naturaleza irracional y por su propia am-

dice García Amado (2003: 342): “En el constitucionalismo alemán de la época [Weimar] hay dos autores que representan perfectamente la preocupación por el mantenimiento de la legitimación estatal como empatía de los ciudadanos con ese ente colectivo que es el Estado. El uno, Rudolf Smend, hizo la versión positiva, mostrando cómo la verdadera constitución del Estado radica en el sentimiento que hace a sus nacionales sentirse unidos ante sus símbolos (la bandera, el himno) y embarcados en su común destino; el otro, Carl Schmitt, vio mejor que nadie cuán difícilmente se mantiene la lealtad a una bandera cuando no hay un enemigo ante el que enarbolarla en la batalla”.

plitud sean vividos con especial intensidad, sino también a que el símbolo siempre es más moldeable que las formulaciones racionales y legales. La fórmula como expresión normada del contenido sustantivo es heterónoma y rígida; y hace patente a la conciencia la tensión entre el individuo y la comunidad, pero también la inclusión en el todo social. Por el contrario, la simbolización cuya fundamentación histórica se halla en la falta de expresividad propia de tiempos más primitivos, en los que el mundo de los valores estaba menos diferenciado, ha hecho de la necesidad virtud, y ha conseguido una forma de representación especialmente eficaz, y al mismo tiempo especialmente moldeable. Los contenidos valorativos simbolizados pueden ser vividos personalmente ‘tal y como yo los entiendo’, sin la tensión y el rechazo que necesariamente producen fórmulas y reglamentaciones; y además son vividos con plena intensidad, de un modo que no se consigue lograr de cualquier otra forma (p. 98).

Pero es importante destacar varias notas con relación a esta función integradora de los himnos nacionales:

- Por un lado, el himno no puede ni pretende ser una forma “neutral” de representación estatal, sino que es una manifestación simbólica que transmite también, o pretende hacerlo, ciertos valores<sup>6</sup> y determinados contenidos políticos<sup>7</sup> (no partidistas, en las democracias)<sup>8</sup> que han “cuajado” en una comunidad política, así como vivencias históricas comunes y también metas de futuro, y un sentimiento pa-

<sup>6</sup> Bochenski, condensando el pensamiento de Scheler, ya dijera con razón que “el *a priori* de lo emotivo está constituido por los valores. Son los objetos intencionales del sentir intencional, como los colores a la visión”. Cito por Lucas Verdú (1997, 115).

<sup>7</sup> Se comprende la irritación de no pocos españoles viviendo en Alemania cuando hace unos meses una cadena televisiva local empleó nuestro himno nacional como melodía para abrir un documental sobre métodos dictatoriales, centrado en la figura del Presidente ruso Putin en concreto. También se entiende, en parte, que en algunos países se plantee la conveniencia de revisar la letra del himno por sus referencias al nazismo (Alemania) o por sus contenidos supuestamente sexistas (Austria, pese a que es el único himno nacional compuesto por una mujer, seguramente: la letra habla de “hijos” y no de hijas, y de *patria*) o belicistas/agresivos (Francia, por ejemplo).

<sup>8</sup> Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 2/1983, de 23 de diciembre, de la Bandera, Escudo e Himno de la Comunidad de Madrid, los símbolos “tienen una vocación unitaria y deben, en consecuencia, estar por encima de las diversas opciones y proyectos políticos e ideológicos por correctos y ajustados que éstos sean. Recogen la herencia del pasado, las vivencias del presente y los proyectos de futuro”.

triótico ligado a todo ello (“morir por la patria es vivir”, reza el himno cubano; piénsese también en toda la historia y tradición evocada por “La Marsellesa” como himno nacional francés), sobre los que se funda una Comunidad y un Estado y que el símbolo estatal (o de la comunidad política) trata de condensar o concentrar de modo sensible. Esto resulta, desde luego, en gran medida ignorado o minusvalorado si el himno, como ocurre con el español actual, carece de toda letra oficial (esto es algo subsanable con relativa facilidad, y también hay que dejar constancia de que ha habido históricamente, a partir ya del siglo XX, una veintena de himnos nacionales en el mundo que no han tenido, al menos oficialmente, letra, siendo España solo el caso más significativo). Es verdad que la simple melodía puede ya vincularse con la identidad nacional correspondiente (los nazis, así, prohibieron la música de Mendelssohn, incluso sus *Lieder ohne Worte* o *Canciones sin palabras* por ser su autor judío),<sup>9</sup> y también con ciertos valores básicos, pero ello resulta facilitado si a la melodía se añade una letra que haga referencia expresa o tácita a tales valores o a diversos elementos aglutinadores y cohesionadores de la comunidad.

- Por otro lado, para que el símbolo funcione como forma de promoción del Estado entre los ciudadanos, de manera integradora, como dice Klein (1987: 734), es preciso que el contenido simbólico del himno resulte comprensible, accesible al ciudadano y esto presupone, por un lado, claridad simbólica en el sentido de una

<sup>9</sup> Josep Martí i Pérez, “Música y Etnicidad: una introducción a la problemática”, *Revista Transcultural de Música Transcultural Music Review*, 2, 1996, <http://www.sibetrans.com/trans/trans2/marti.htm>: “Cada vez que una persona escucha una música con carga semántica de etnicidad, se le está planteando una representación colectiva; se le muestra la “evidencia” de la existencia de un constructo cultural -la nación, el grupo étnico, el pueblo-, puntos de referencia de naturaleza simbólica pero extremadamente movilizados al mismo tiempo. El gran poder de la música reside precisamente en que refuerza el sentimiento de colectividad en relación a aquello que denota. Una persona se siente más joven (y por tanto más unido a este sector generacional) cuando escucha rock; más religiosa cuando entona el Salve Regina y por tanto más cerca de los que hacen como él; más perteneciente a su colectividad étnica cuando escucha repertorio tradicional de su país. En la confrontación directa con estas producciones musicales afloran todas aquellas significaciones asociadas que mediante los procesos enculturadores han sido machaconamente inculcadas a los individuos. Todo esto no se ignora: las músicas se instrumentalizan de manera muy consciente. Por lo que respecta a la etnicidad, los himnos nacionales —por su concepción y pragmática— representan el corolario de una experiencia secular en relación al uso de la música”.

armonía interna de las declaraciones simbólicas, pero también es necesaria la disposición del Estado a hacer un uso resuelto, aunque sin exageraciones, de sus símbolos. También Smend (1985: 97 y 169) advertía que “la integración a través del símbolo, por supuesto, sólo puede ser una integración a través de su contenido simbólico. Por tanto, no se pueden ‘inventar’ símbolos para un contenido inexistente”;<sup>10</sup> así, por ejemplo, “existen también banderas nacionales que no son el símbolo de una comunidad de valores declarada y que, por tanto, no pueden desempeñar la función integradora que les corresponde”, pero esta no ha de ser la regla general, si bien la intensidad autoidentitaria y la emotividad transmitida depende de muchos factores (piénsese, ya solo dentro de España, en un himno como el “Asturias, patria querida”, conocido en toda España y aun fuera de ella, y otro como el “Himno de Madrid”, completamente desconocido entre sus habitantes), y además, el contenido simbólico puede ser bastante controlable en el momento de la creación o elección del símbolo, pero luego con el tiempo se va llenando de contenidos mucho menos controlables.

Y dice Klein: “El modo en que los órganos del Estado y los ciudadanos tratan a los símbolos del Estado dice mucho sobre la voluntad de Estado

<sup>10</sup> Sin embargo, en este punto nos parece que no le faltaba parte de razón a Kelsen cuando criticaba la obra de Smend, si bien si este sobrevaloraba quizás la importancia del contenido valorativo de los símbolos del Estado (contrastando el valor integrador de la bandera alemana negro-rojo-dorado del *Reich* del Káiser frente a la falta de integración de la bandera negro-rojo-oro de Weimar), Kelsen (1999: 90-91) nos parece que la minusvaloraba absolutamente (no daba trascendencia integradora a una u otra bandera, era una cuestión de puro juicio político), cuando realmente el que un pueblo se sienta identificado con un símbolo tiene mucha trascendencia en cuanto a su valor integrador. Y también tenía razón Smend (2005: 10-11) cuando señalaba respecto de la bandera que su regulación en el artículo 3o. de la Constitución, al comienzo de la Constitución de Weimar, significaba, aunque los autores de la época le atribuyeran tan escaso valor, que “el pueblo de la nación alemana como tal, *de iure y de constitutione*, quiere ser uno en este símbolo y en los valores representados por este símbolo; por tanto, es una norma paralela a los derechos fundamentales y, al igual que estos, una normación de contenido objetivo fundamentador de la unidad, sólo que este contenido aquí es simbolizado, y en los derechos fundamentales, por el contrario, es formulado. El contenido del Estado de Derecho de estas normas reside en esta función constitutiva del conjunto estatal, en esta función integradora; las consecuencias particulares jurídico-administrativas [que son las que destacaba la doctrina de la época, y Smend se lo reprocha] son una cuestión técnica secundaria y subordinada en relación con aquel contenido del Estado de Derecho”.

de hecho existente”. En este sentido, es preciso reconocer, por lo que al himno y España se refiere, más allá de grandilocuentes afirmaciones ajenas a nuestra realidad política,<sup>11</sup> que en nuestro país no existe una cierta debilitación de la “voluntad de Estado” entre los ciudadanos y en lo que al Estado en sentido oficial se refiere, lo que se deduce de nuestra experiencia al respecto; por ejemplo, son significativos estos hechos:

- a) En la mayoría de los países existe una mayor presencia de los “símbolos patrios”, incluido el himno, que en España. Entre nosotros, más bien, un recurso no excepcional a los mismos (como puede ser, por ejemplo, entonar diariamente un himno en la escuela, antes de un evento deportivo no internacional, o en un acto académico universitario en España o el extranjero, al iniciar o terminar las transmisiones televisivas o radiofónicas, etcétera) tendrá para la mayoría de nosotros un contenido o significación peyorativos, por no decir de reminiscencias autoritarias (franquistas), algo difícilmente evitable, pues la historia reciente de uso y abuso por la dictadura de los símbolos patrios es una cadena de la que no es fácil liberarse, aunque ese no es el único factor que lo explica.
- b) Cuando recientemente, en la Cumbre Hispano-Francesa en octubre de 2005, tras oír a los presidentes español y el francés los sonos de “La Marsellesa” con todo respeto, comenzó a sonar nuestro Himno nacional, nuestro presidente del gobierno no solo no guardó completo silencio, sino que se dedicó a conversar amablemente y hasta riendo con un presidente autonómico, en contraste con la simultánea actitud de respeto del presidente francés Chirac al himno español, pese a que la normativa y el sentido común exigen una “actitud de respeto” como mínimo. Ello no era simplemente una anecdótica actitud de un todavía poco experimentado presidente, sino una actitud expresiva de un extendido “sentimiento” general de una cierta “indi-

<sup>11</sup> Las encuestas anuales del Centro de Investigaciones Sociológicas arrojan el siguiente resultado a la pregunta acerca de los sentimientos de los españoles encuestados cuando escuchaban el himno nacional (los resultados son parecidos para la bandera): Un 24.2% (en 1997, era un 30.3% y desde entonces ha habido un descenso casi continuo) sienten una “emoción muy fuerte” y un 35.2% (era un 37.2 % en 1997) sienten “algo de emoción” (total parcial: 59.4%; en 1997, era un 67.5%); un 12.2% sienten “muy poca emoción” (en 1997, era un 9.6%) y un 24.8% (en 1997, un 20.6%) “no sienten nada especial” (el 3% dice que “depende del acto o ceremonia de que se trate”, el 0.2% no sabe y el 0.5% no contesta; en 1997, era un 1.5%, 0.7% y 0.2%, respectivamente).

ferencia” del español hacia su himno y restantes símbolos nacionales (y falta de formación y costumbre al respecto), algo que contrasta fuertemente con lo que ocurre en casi todos los demás países.

Todo esto encuentra seguramente también parte de su explicación en la peculiar tensión de fuerzas centrífugas y centrípetas y nacionalistas en parte de nuestra nación, pero sobre todo en el uso y abuso políticos que se hizo, hasta 1978, por la dictadura de ese y otros símbolos. Esto último jugaba, indudablemente, a favor de un cambio del himno nacional en la Constitución de 1978 o a partir de su vigencia, pero tampoco puede desconocerse que la función de autorrepresentación del Estado de un modo lo más permanente *en el tiempo*, junto al consenso que caracterizó nuestra transición, y la circunstancia histórica de que nuestro himno nacional nació de un uso popular y no de una norma (formal), eran factores relevantes que podían inclinar la balanza hacia el mantenimiento del himno existente, aunque ello hubiera sido compatible con la fijación de una letra expresiva de los nuevos valores de la nueva “estatalidad española” desde 1978, algo que era deseable ya en el momento constituyente y lo sigue siendo ahora, a nuestro modo de ver, aunque solo sea por la peculiaridad (“Spain is different”) difícil de entender por otros, y que puede resultar hasta un tanto violenta (el silencio lo es con frecuencia).

Esa fijación de una letra habría servido no solo como elemento de ruptura, separación, o distanciamiento respecto del periodo anterior, sino que también habría sido una forma de lograr o fomentar esa “claridad simbólica” de que nuestro himno carece en gran medida, y también hubiera sido un modo de dotar de un determinado “contenido valorativo” a nuestro himno, identificándolo no solo con la unidad de nuestro pueblo y nuestro país como un todo indisoluble, sino también con el resto de los valores constitucionales, incluida la autonomía política de las comunidades autónomas, con una especial referencia a la dignidad de la persona y los derechos fundamentales que a ella son inherentes, y también habría sido deseable que entre ese “contenido valorativo” se encontrara una referencia a los macro-objetivos, en gran medida utópicos, de nuestro texto constitucional, en especial la “sociedad democrática avanzada”, por más que se utilizara una fórmula más “poética” que la del texto normativo. Esta es una tarea todavía pendiente en la que deberían participar políticos, literatos (especialmente, poetas), también músicos, juristas y toda la sociedad civil en general, renovando ahora en este punto el consenso transicional.

## II. LA DIMENSIÓN JURÍDICA DEL HIMNO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO Y EN EL INTERNACIONAL

### 1. *Ordenamiento jurídico interno*

#### *A. La cuestión del rango constitucional o legal o reglamentario del himno nacional*

Una primera cuestión que se plantea, en todo ordenamiento jurídico nacional, es la de si es conveniente, o al menos habitual, la constitucionalización (estatutarización, en el caso de las Comunidades Autónomas) de los símbolos del Estado, de cada uno de ellos, y también del himno nacional. Smend (1985, 105-106) ya abordó esta problemática, diciendo:

De la misma manera que en los reglamentos de cualquier asociación los primeros artículos establecen formalmente el objeto de la asociación, también las Constituciones expresan al principio el contenido de la dinámica estatal que regulan, pero no formalmente, sino por medio de símbolos tales como el territorio, los colores de la bandera y el escudo nacional, la forma de Estado y, dentro de ella, su caracterización específica, etcétera.

Lo cierto es que, hoy en día, es frecuente en las Constituciones incluir una disposición respecto de la bandera nacional, definiendo sus colores, pero en ocasiones también se incluyen referencias a otros símbolos. En este sentido, es muy significativa la Constitución francesa de 1958, que establece en su artículo 2o., a modo de recepción de una larga y muy significada tradición histórica: “La lengua de la República es el francés... El emblema nacional es la bandera tricolor, azul, blanca y roja... El himno nacional es la “Marsellesa”. El lema de la República es “Libertad, Igualdad, Fraternidad”. Su principio es: gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. A juicio de Häberle (2001, 32-34), este artículo es paradigmático de los textos constitucionales más clásicos o de cuño antiguo sobre esta materia (que conciben a los símbolos como atributos o, mejor aún, “elementos” “del Estado” que simbolizan a este como tal y han de regularse en los artículos iniciales o generales de la Constitución), y, en concreto, su inserción en el título “De la soberanía” revela que se “toma en serio, en la sistemática del texto, la concepción clásica de los símbolos del Estado”. Pero hoy en día, en general, los símbolos políticos en las Constituciones, dice nuestro autor,

“se trasladan hacia contextos diferenciados que los vinculan con los valores fundamentales del orden constitucional. Aquí encuentran su lugar, ya que justamente la Constitución del pluralismo requiere también de contenidos fundantes, pero como comunidad en que el Estado existe ‘en razón del ser humano’” y que “no entiende los símbolos que unen al todo de la sociedad abierta ‘en y para sí’ como parte del Estado, sino como elemento sustantivo del espacio público”. Y es que para Häberle los himnos, como los restantes símbolos políticos, realmente no “simbolizan” al Estado,

sino que apuntan a las dimensiones culturales de la comunidad política que, en la sociedad abierta del Estado constitucional, constituyen contenidos fundantes”, “soportan” funciones que se refieren a la sociedad civil, lo que hace “preciso cuestionarse nuevamente sobre la ubicación conceptual, y por lo tanto, el lugar sistemático, de los ‘símbolos estatales’ en el Estado constitucional.

En cualquier caso, hay que decir que si una Constitución decide consagrar un precepto que aborde la cuestión de los símbolos políticos del Estado, y en concreto el himno nacional, podríamos decir, siguiendo a Lucas Verdú, que esa regulación constitucional, según la distinción clásica de Bagehot entre las *dignified* y las *efficient parts* de la Constitución inglesa, sería una *dignified part*. Recordemos que para Bagehot (2005, 2-4) las partes *dignified* hacen referencia a “todo lo que produce y conserva el respeto de las poblaciones”, mientras que las partes eficientes aluden a los elementos que “dan a la obra el movimiento y la dirección”, y subrayaba este autor inglés que las partes *dignified* formaban

la parte esencial del gobierno cuya vitalidad garantizan. No tienen, es verdad, sino una importancia secundaria en la práctica, y podrían sin inconveniente ser reemplazados por un sistema más sencillo; pero forman, en cierto modo, los preliminares y la condición previa de la obra. No ganan la batalla, pero son quienes reclutan el ejército.

La Constitución Española, como luego se verá, no consagra ningún precepto que regule o se refiera al himno nacional, que ha quedado así “desconstitucionalizado”, remitido al legislador o, incluso, al mero reglamento.

#### B. *Función integradora ad intra del himno nacional*

Como hemos visto, Smend destacó la función integradora material que cumplían los símbolos del Estado (que, en el constitucionalismo contem-

poráneo, según Häberle, deberían operar más bien como símbolos de la comunidad política, y no meramente del Estado). Pues bien, nuestro Tribunal Constitucional, aun sin citar a Smend, asume sus puntos de vista respecto del valor integrador de los símbolos políticos:

No puede desconocerse que la materia sensible del símbolo político —en este caso, las seculares cadenas del escudo de armas navarro— trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, 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 dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos jurídicos. Al símbolo político corresponde, pues, al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles. [En el caso que se analiza, el símbolo posee...] las características que la doctrina estima deben poseer los símbolos políticos: Es llamativo y se grava fácilmente en la memoria, lo que facilita su inmediata identificación con la Comunidad política que representa.

### C. *Estatuto jurídico reglamentario del himno nacional*

La regulación vigente se contiene en el Real Decreto 1560/1997, del 10 de octubre, por el que se regula el Himno Nacional, que la primera cuestión que plantea es la de si no sería necesaria una regulación por ley parlamentaria, algo que parece no exigir nuestro Tribunal Constitucional, al haber dado por buena esa regulación reglamentaria, si bien no compartimos ese criterio, pues nos parece claro que un símbolo del Estado solo puede ser regulado por los representantes del pueblo español, y no simplemente por el gobierno.<sup>12</sup>

Sea como sea, el reglamento en cuestión —además de regular su contenido técnico en una versión breve y otra larga (y los supuestos en que

<sup>12</sup> Esta es también la situación en Alemania, donde el himno se regula por reglamento. Y un sector doctrinal alude a la teoría de la esencialidad del Tribunal Constitucional alemán (sobre dicha teoría, Brage, 2004) para exigir que la materia se regule por ley parlamentaria (así, Murswiek, 2000: 234 y ss. y Maunz *et al.*, 2005: 68).

procede interpretar una u otra) y el orden de interpretación cuando concurra con la ejecución musical de otros himnos de terceros Estados o autonómicos— impone, bien que de una manera un tanto solapada, una “actitud de respeto” al himno nacional “de los asistentes a los actos en los que sea interpretado” y que, en el caso del personal uniformado de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad, se expresará efectuando el saludo reglamentario, y el artículo 18 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas establece que el himno “merece el máximo respeto y veneración”. No existe una más detallada regulación a fin de aclarar en qué debe concretarse esa actitud de respeto al himno nacional, pero existen prácticas de protocolo consolidadas, y comunes en gran medida para todos los países occidentales (en el Decreto de 1997 finalmente aprobado se eliminó la obligatoriedad de ejecutar la Marcha granadera en los actos oficiales a los que asistieran el rey o el presidente del gobierno<sup>13</sup> y se liberó a los civiles del deber de escuchar el himno nacional de pie,<sup>14</sup> tal y como preveía el Proyecto de Decreto, algo que había sido rechazado por políticos nacionalistas vascos y catalanes). En cualquier caso, si se interpretan los himnos de otros Estados, o de alguna comunidad autónoma, a los mismos se les debe mostrar la misma actitud elemental de respeto que al propio (ponerse de pie, descubrirse la cabeza en su caso, guardar silencio, etcétera), pues aunque no lo diga expresamente ninguna norma (e incluso se haya descartado su inclusión), lo dicta la educación y el sen-

<sup>13</sup> El Proyecto decía: “Cuando las personas reales o autoridades a que se refiere el artículo 3 [presidente del Gobierno y representantes oficiales de España] del presente Real Decreto asistan a actos oficiales de carácter general, organizados por una comunidad autónoma o corporación local dentro de sus respectivos territorios, la interpretación del Himno Nacional de España se realizará de acuerdo con los siguientes criterios:...”. El Decreto finalmente aprobado, y hoy vigente reza: “De acuerdo con la costumbre y usos protocolarios habituales, cuando las personas reales o autoridades a que se refiere el artículo 3 [presidente del Gobierno y representantes oficiales de España] del presente Real Decreto asistan a actos oficiales de carácter general, organizados por una comunidad autónoma o corporación local, siempre que la naturaleza del acto requiera la interpretación del Himno Nacional, éste se realizará de acuerdo con los siguientes criterios:...”.

<sup>14</sup> El Proyecto de Decreto decía: “Durante la interpretación del Himno Nacional de España, todos los presentes deberán permanecer en pie y en actitud respetuosa, y el personal uniformado de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad efectuará el saludo reglamentario”. El Decreto finalmente aprobado reza: “La actitud de respeto al Himno Nacional de los asistentes a los actos en los que sea interpretado se expresará, en el caso del personal uniformado de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad, efectuando el saludo reglamentario”.

tido común más elementales y la propia “actitud de respeto” que sí exige la norma explícitamente.

Y en cuanto a la protección penal del himno, el artículo 543 del Código Penal establece 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”. Esta protección penal, que equipara las ofensas o ultrajes a los símbolos del Estado a las ofensas o ultrajes al Estado mismo, es algo que ha dado lugar, como en otros países, al problema del conflicto entre la protección de los símbolos estatales y los derechos fundamentales, singularmente la libertad de expresión, pero que en España se ha planteado ante el Tribunal Constitucional en unos términos distintos que en otros países.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> El problema se planteó en España, en concreto, con relación a la bandera nacional. El artículo 123 del Código Penal disponía por aquel entonces que: “Los ultrajes a la nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o su forma política, así como a sus símbolos y emblemas, se castigarán con la pena de prisión menor, y si tuvieran lugar con publicidad, con la de prisión mayor”. Y el artículo 10, párr. 3, de la Ley 39/1981, de 28 de octubre, reguladora del uso de la bandera nacional y de otras banderas y enseñas, establecía lo siguiente: “Los ultrajes y ofensas a las banderas a que se refiere el artículo 3 de esta Ley, se consideran siempre como cometidas con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo 123 del Código Penal”. El problema que se planteó ante el Tribunal Constitucional, a través de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un tribunal ordinario, es si ello era o no conforme a los artículos 81.1 (reserva de ley orgánica) y 17 (libertad personal) y 25 (principio de legalidad penal) CE. La STC 118/1992, de 16 de septiembre, recordó que “es constitucionalmente posible la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta (STC 122/1987): Norma que, por su carácter instrumental, no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley orgánica, según el artículo 81.1 CE, en relación con el 17.1. Ahora bien, ese reenvío normativo a normas no penales procederá únicamente si se dan determinados requisitos: Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”. Partiendo de esta doctrina general, el Tribunal aprecia la inconstitucionalidad del mencionado artículo 10,3 de la Ley de la Bandera, pues este precepto, al establecer que los ultrajes y ofensas a las banderas a que se refiere el artículo 3 de la Ley, esto

En la jurisprudencia ordinaria,<sup>16</sup> se ha podido apreciar “ausencia de acción de menosprecio a la bandera como símbolo del Estado español en el hecho visionado en un fotograma consistente en un individuo diciendo algo por megáfono cuyo pie izquierdo se encuentra situado sobre un trozo de escasa extensión de una bandera española quemada” [Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 213/2003 Madrid (Sección 4ª), de 5 junio]; o se ha encontrado un “claro ánimo menospreciativo” en la conducta de arriar la bandera nacional colgada del edificio de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa y tirarla sobre la calzada, habiendo avisado previamente a los medios de comunicación para dar relevancia al acto [Sentencia de la

es, la bandera de España, “se considerarán siempre como cometidas con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo 123 del Código Penal”, está imponiendo la aplicación automática, en todos los supuestos, independientemente de la publicidad real de los hechos que se cometan, del tipo agravado por la publicidad previsto en el artículo 123, *in fine*, del Código Penal. Ello implica que los ultrajes de que se trata a la bandera de España han de castigarse siempre con la pena del citado tipo agravado recogido en el artículo 123 del Código Penal (prisión mayor). No se trata, en este supuesto, de una manifestación o utilización de las llamadas leyes penales abiertas o imperfectas, que pudiera justificar la ausencia de rango de Ley orgánica de una norma que completase o integrase un mandato legal. El artículo 123 CP no se remite a otras normas para precisar el concepto de ‘publicidad’, integrante del tipo agravado contenido en el mismo artículo: Por el contrario, es el artículo 10.3 de la Ley 39/1981 el que se remite al Código Penal. Pero, además, no es posible considerar que el citado precepto del Código Penal contenga el núcleo o determinación esencial de la agravación (luego prevista en el artículo 10.3 que se cuestiona) de forma que quepa su integración por otras normas sin rango de Ley orgánica. El artículo cuestionado, pues, no viene a completar o integrar un precepto penal abierto mediante una norma de carácter instrumental. Por el contrario, el artículo 10.3 de la Ley 39/1981, supone una ampliación del tipo agravado del artículo 123 CP, al incluir en el mismo un supuesto adicional no contenido en el precepto penal. En efecto, la Ley cuestionada no se limita tan solo a imponer un deber de publicidad que coincida con el ámbito de la protección penal que ya existía para casos indefinidos, sino que también y a los efectos ahora planteados, establece la *fictio legis* de que los ultrajes y ofensas a la bandera de España se considerarán siempre como cometidos con publicidad a los efectos agravatorios previstos en el artículo 123 del Código Penal. En este sentido, es preciso distinguir, de un lado, el deber de publicidad de la bandera nacional y otras banderas y enseñas que se deriva de la Ley 39/1981, y la publicidad de los ultrajes y ofensas a las que se refiere la modalidad agravada del artículo 123 del Código Penal, de otro, puesto que una cosa es el deber de publicidad y ostentación de las banderas y otra distinta la publicidad en la comisión de los actos de ultraje y ofensa a las banderas”.

<sup>16</sup> Véase también, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1112/1996 (Sala de lo Penal), de 26 diciembre, o la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 11/1995 (Sala de lo Militar), de 16 febrero.

Audiencia Provincial Guipúzcoa (Sección 2<sup>a</sup>), del 23 de enero de 2002, que precisa que el ultraje u ofensa puede ser verbal, escrito, real, e incluso implícito u omisivo]. Esta sentencia, sea cual sea la solución que se juzgue adecuada en España, en cualquier caso ignora por completo (más allá de una mención puramente “pro forma”, y con cita y apoyo en jurisprudencia del franquismo) el juego de la libertad de expresión, que resulta incuestionable cuando, como en el caso enjuiciado, se trata de expresar una opinión política de insumisión frente al Estado español y francés en el País Vasco y que no podía descartarse sin más a partir de la apreciación de la existencia de un *animus iniurandi*, sino que se imponía una interpretación que tomara en cuenta los derechos fundamentales de los acusados.

La Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 102/1999 de Valencia (Sección 1<sup>a</sup>), del 24 marzo, en fin, se refiere al caso de unos seguidores del Barcelona F.C. que se toparon con los seguidores de otro equipo, el F.C. Mallorca, les arrebataron una bandera que portaban y luego la quemaron en su presencia, hipótesis en que la libertad de expresión sí que tiene ya un escaso juego. En este último caso, dice la Audiencia Provincial:

Es claro que una bandera española, conformada por dos franjas rojas, separadas por otra franja más ancha de color amarillo, permite identificar uno de los símbolos más característicos de España, aunque formalmente no tenga todos los atributos reglamentarios de la bandera oficial que ondea en cualquier organismo público. Pero todo el mundo sabe que una tela que presenta esas características es un símbolo de España.

A partir de ahí tiene explicación la conducta de los acusados, quienes arrebataron la bandera a quienes la portaban y le prendieron fuego, lo que denota bien a las claras que lo hicieron no sólo para fastidiar o enfrentarse con sus rivales deportivos, sino el propio tiempo para ultrajar o denostar lo que es símbolo de España y merece un pleno respeto por cada persona que se halla en territorio español. Con lo que es indudable la concurrencia de dolo preciso para configurar el tipo delictivo enjuiciado.

Cosa distinta es que, sin realizar actos ni realizar expresiones ultrajantes, se manifiesten ideas u opiniones contrarias a la unidad de España, de signo claramente independentista, cosa que, si es realizada con el debido respeto, tiene pleno amparo legal.

Por tanto, desde nuestro punto de vista, cuando se trate de enjuiciar si una conducta encaja en el tipo de ofensas o ultrajes al himno (u otros símbolos del Estado o las Comunidades Autónomas), es imprescindible valorar si los acusados estaban ejercitando un derecho fundamental (por ejemplo,

libertad de expresión o libertad artística, mediante la sátira, etcétera) y, de ser así, colocarlo en el otro platillo de la balanza en que ha de llevarse a cabo la oportuna ponderación, valorando si la conducta pretendía atacar al Estado como tal (representado a través del símbolo) y sus valores y tradiciones en que se basa o solo atacar o criticar a determinadas instituciones o regulaciones (en este último caso, debe ceder la protección penal en principio) (Maunz/Zippelius/Würtenberger, 2005: 68 y 69, a partir de la jurisprudencia constitucional alemana). Desde luego, también nos parece que no debe ser punible el ultraje sin publicidad.

No se prevé nada, en fin, respecto de la enseñanza o interpretación en las escuelas del himno nacional,<sup>17</sup> lo que resulta menos llamativo en España que en otros países, al carecer nuestro himno al día de hoy de letra, a diferencia de casi todas las Naciones (... o comunidades autónomas, ¡desde 2003 también el himno canario tiene ya letra!), donde se plantea, así, el problema, desconocido para nosotros, de que los ciudadanos ignoren, en un porcentaje elevado, la letra de su himno (al menos, la letra completa). Sin embargo, sí se da a veces entre nosotros la paradoja de que es obligatorio enseñar el himno autonómico en la escuela, pero no el nacional.

## 2. Ordenamiento jurídico internacional

En cuanto al derecho internacional, este no exige que un Estado independiente tenga un himno nacional, pero prácticamente no existen países que no tengan uno (hasta hace poco, Afganistán, pues durante el periodo talibán, de 1999 a 2002, todo tipo de música estuvo prohibida, o Alemania de 1945 a 1949), pues hoy en día (a partir de los comienzos del siglo XX, especialmente con el desarrollo de las telecomunicaciones) es un símbolo casi indispensable de la identidad nacional (casi al nivel de una bandera y desde luego más que un lema o divisa).

<sup>17</sup> Véase *El País*, edición de Andalucía, del 12 de marzo de 2005, donde se relata el caso de una maestra acusada de haber amenazado o coaccionado a un alumno para aprender el Himno andaluz, siendo finalmente absuelta de una falta penal. En numerosos países se está planteando la conveniencia de introducir o reforzar la enseñanza del himno nacional en las escuelas (incluso en Estados Unidos). En Francia, la ley *Fillon*, de reforma educativa (2005), incluye la obligación del aprendizaje de la Marsellesa en la educación infantil y primaria.

### III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL HIMNO Y EL NECESARIO CONTRAPESO O *BALANCING* CON DERECHOS FUNDAMENTALES EVENTUALMENTE COLISIONANTES (EN ESPECIAL, EL LENGUAJE OFENSIVO AL HIMNO)

Es obvia la necesidad de protección jurídica del himno, dada la trascendencia de su función y el valor para la comunidad de lo por él expresado o simbolizado, pero no lo es menos que esa protección puede entrar en colisión con otros bienes jurídicos, particularmente los derechos fundamentales, y muy en especial el derecho a la libertad de expresión, al menos si partimos de que el ámbito normativo de esta libertad se extiende no solo a la expresión escrita u oral, sino también a la llamada expresión simbólica, incluida la ofensiva para los símbolos.

Esta problemática no se ha planteado como tal en España en la jurisprudencia constitucional, aunque sí en la jurisprudencia ordinaria (como hemos mencionado), y ello en todo caso es objeto de otro trabajo monográfico en esta obra, pero sí corresponde aquí hacer referencia a esta problemática de la protección penal del símbolo nacional frente al ejercicio de derechos fundamentales por los ciudadanos, ofendiendo o ultrajando alguno de tales símbolos, en el derecho comparado. Este problema se ha planteado en diversos países, aquí nos referiremos a Estados Unidos, Francia, Alemania y México, bien que no respecto del himno o himnos nacionales sino que respecto de las banderas nacionales, pero entendemos que la problemática es en ambos casos muy similar. Y dado que nos parece que puede afirmarse que en estos países se consagran diferentes filosofías o soluciones posibles a esta cuestión, y también a la más general del *offensive speech lato sensu*, dentro del que pueden englobarse las expresiones (simbólicas, básicamente) que ofenden a los símbolos nacionales, creemos que ello puede tener interés para España, donde la cuestión no ha sido abordada suficientemente. A ello pasamos a referirnos.

a) *Estados Unidos*. En 1984, en Dallas (Texas), mientras se celebraba la Convención Nacional Republicana, un pequeño grupo conocido como *Revolutionary Communist Youth Brigade* se manifestó por el centro de la Ciudad en contra de la política del entonces presidente Reagan y el riesgo de guerra nuclear. En el contexto de la manifestación, uno de sus cabecillas, cuando la manifestación estaba delante del Ayuntamiento, elevó una bandera americana, la roció con gasolina y le prendió fuego, poniéndose a cantar el

grupo entonces “red, white and blue, we spit on you” (“rojo, blanco y azul, escupimos sobre tí”). Uno de los muchos curiosos atraídos por esta conducta fue Daniel Walker, quien recogió los restos carbonizados de la bandera y los enterró en su jardín. La Fiscalía procedió criminalmente contra Johnson como autor de un delito de profanación de la bandera cuyo tipo exigía que “uno o varios de los presentes” se sintiesen “repelidos”, lo que tenía que probar el Estado federado, y Daniel Walker declaró que él se había sentido repelido. El fiscal consideró que su conducta era un delito de *desecration of the national flag* y que, además, Johnson había perturbado el orden público (*breach of the peace*) y representaba por lo que hacía y por lo que pensaba (*by what he does and by the way he thinks*) un peligro para Texas.

El jurado condenó a Johnson a una pena privativa de libertad de un año y multa de 2000 dólares. Johnson apeló y alegó que su conducta era *symbolic speech* protegido por la Primera Enmienda de la Constitución. El Tribunal de Apelaciones del 5o. Distrito, de Texas, confirmó la condena. Johnson recurrió entonces al Tribunal de Apelaciones Criminales de Texas, quien consideró que la condena penal era contraria a la primera enmienda.

La Fiscalía entonces recurrió al Tribunal Supremo, quien decidió, por cinco votos contra cuatro, que el interés en la protección de la bandera, como símbolo de la unidad nacional, por el Estado de Texas no justificaba una restricción de la libertad de expresión de opiniones que hiciera antijurídica la quema de una bandera. El Tribunal aplicó un triple test a la ley:

- 1) El Estado federado tenía la carga de la prueba de que tenía un “interés apremiante” (*compelling interest*) en la protección de la bandera.
- 2) Los Estados federados no podían penar una libre expresión de una opinión, no importa lo ofensiva que fuera.
- 3) Incluso si Johnson hubiese herido notablemente a Walker en sus sentimientos, ello no era suficiente para la perturbación del orden y la paz pública.

El Tribunal Supremo consideró que no había razones para no aplicar a la bandera la doctrina general de la libertad de expresión: el gobierno no puede prohibir a sus ciudadanos la expresión de una determinada idea simplemente porque la sociedad la considere en sí misma ofensiva o desagradable, incluso si la idea afecta al corazón del orden existente y es desafiante y despectiva; el Estado no puede obligar más al ciudadano a la conducta deseada respecto de la bandera que respecto de otras ideas. La

solución a que se acoge el Tribunal es la solución habitual en aquel país, la “doctrina americana standard”: contrarrestar el mensaje ofensivo con el punto de vista de otros y la tolerancia de la crítica (Eberle, 2002, 228-229). El Tribunal considera, en suma, que “we do not consecrate the flag by punishing its desecration, for in doing so we dilute the freedom that this cherished emblem represents”. El juez Kennedy, en su voto particular, tras poner de relieve lo doloroso de dictar una sentencia como esta, manifestó que no tenía dudas de que era la solución adecuada a la Constitución, pues:

Though symbols often are what we ourselves make of them, the flag is constant in expressing beliefs Americans share, beliefs in law and peace and that freedom which sustains the human spirit. The case here today forces recognition of the costs to which those beliefs commit us. It is poignant but fundamental that the flag protects those who hold it in contempt.

Esta decisión del Tribunal Supremo, como tantas otras, fue como un terremoto, y causó un hondo pesar en muchos, especialmente del Partido Republicano. El presidente Bush padre abogó por una enmienda constitucional para superar (*overrule*) la sentencia del Tribunal Supremo, pero la mayoría demócrata, que no quería que se les pudiera ver como anti-patriotas, no quería reformar la Constitución, por lo que finalmente se aprobó una mera ley ordinaria que castigaba como autor de delito al que, a sabiendas, mutilara, quemara, desfigurara, manchara, tirara al suelo, o pisoteara cualquier bandera de los Estados Unidos (pena de multa o prisión hasta un año o ambas penas): era la *Flag Protection Act 1989* (Ley de Protección de la Bandera de 1989).

La cosa no acabó ahí, sino que continuó de un modo en que Johnson, conscientemente o no, estaba decidido a actuar, con su conducta, como verdadero intérprete (no técnico) de la Constitución, haciendo así operativa en este campo lo que Häberle ha denominado la “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”. En efecto, Johnson, con la ayuda de una artista newyorkina, Shawn Eichmann, quemó de nuevo una bandera estadounidense, pero esta vez lo hizo en las escaleras del Capitolio, y allí Eichmann, ante la bandera que se incineraba, manifestó: “Quema tú también esta bandera. Es rápido, es cosa de niños. Puede ser que la ley lo prohíba, pero sabemos que es correcto hacerlo”. Ambos fueron condenados. En Seattle, Washington, Mark Haggerty también quemó una bandera estadounidense ante una Oficina de Correos, y también fue juzgado y condenado. Finalmente, el Tribunal Supremo casó estas condenas

penales, considerando que la Ley de Protección de la Bandera de 1989 era inconstitucional.

La polémica no está cerrada, pues posteriormente se han presentado varias propuestas de reforma constitucional para superar esta interpretación del Tribunal Supremo en este campo. Sin embargo, ninguna de ellas ha logrado el apoyo suficiente. La reforma constitucional es, como se sabe, el mecanismo que garantiza que el Tribunal Supremo, si adopta una decisión completamente inaceptable para el pueblo, no pueda imponerse a la voluntad de este, un mecanismo cuyo uso con tal finalidad se ha verificado en los propios Estados Unidos en más de una ocasión, y la circunstancia de que en este ámbito no se haya utilizado de manera efectiva demuestra precisamente que la interpretación del Tribunal Supremo podrá no gustar a amplias capas de la población y la clase política, pero es una interpretación que a la postre, y aunque sea a regañadientes, toda la población y clase política ha terminado por acatar, aunque no compartan su motivación (integración). El último intento de reforma constitucional se ha producido en junio de 2006, y tras ser aprobada la enmienda por la Cámara de representantes (como en otras ocasiones anteriores), por un solo voto no se alcanzó la mayoría de dos tercios precisa en el Senado para iniciar la reforma constitucional.

b) *Alemania*. En el caso de un librero que vendió un folleto que incluía un *collage* que mostraba a un soldado orinando sobre la bandera nacional alemana, el librero fue condenado penalmente conforme al artículo 90 a, 1 del Código Penal alemán (ultraje a la bandera), pero el Tribunal Constitucional consideró que ello vulneraba la libertad artística como derecho fundamental, pues si bien la bandera es un importante símbolo de integración política por medio de los valores que representa, y por ello el ultraje de la misma puede dañar la autoridad del Estado, sin embargo tales símbolos, a juicio del Tribunal, disfrutaban de protección constitucional solo en tanto que los mismos representan los valores básicos de la República Federal de Alemania, pero sin que ello pueda conducir, a la vista de la libertad de arte como derecho fundamental, a una “inmunización” del Estado frente a la crítica o incluso la desaprobación; al no haber tomado en cuenta y valorado adecuadamente el juego de la libertad artística en este caso, el Tribunal Constitucional otorga el amparo. El Tribunal Constitucional, en suma, atiende a que el *collage* o montaje fotográfico realmente es una caricatura, un retrato satírico, de modo que el ataque no va dirigido contra la bandera, sino que la caricatura expresaba primariamente en este caso una tendencia antimilitarista, y por ello una desaprobación, si es que no un aborrecimiento, del servicio militar.

c) *Francia*. En 2003, se aprobó la Ley 239/2003, del 18 de marzo, de Programación para la Seguridad Interior (Ley Sarkozy), que creaba el delito de ultraje a la bandera y al himno nacional franceses en estos términos:

En el transcurso de una manifestación organizada o regulada por las autoridades públicas, el hecho de ultrajar, de ofender en público el himno nacional o la bandera tricolor será condenado a una multa de 7500 euros.

Cuando el hecho es cometido en grupo, el desacato será castigado con seis meses de prisión y multa de 7500 euros.

Sobre su constitucionalidad se pronunció el Consejo Constitucional, quien al interpretar la expresión legal “manifestación organizada o regulada por las autoridades públicas”, a la vista de la historia legislativa, limitando su aplicación a manifestaciones públicas de carácter deportivo, recreativo o cultural celebradas en recintos sometidos a reglas de seguridad e higiene en atención al elevado número de asistentes. Y así, por ejemplo, se excluyeron los “ultrajes” en obras del intelecto, en clubs privados o en manifestaciones no organizadas o reguladas por las autoridades públicas. Sin embargo, el precepto se declaró constitucional con tales cautelas, y la pena no se consideró desproporcionada. En cualquier caso, este nuevo delito, incluido por lo demás en una ley muy polémica de lucha contra el crimen que restringía considerablemente diversas libertades dio lugar a protestas de numerosos colectivos que consideraban que la ley vulneraba la libertad de expresión, aun en las condiciones mencionadas.

d) *México*. En 2002, un poeta de cierto renombre, Sergio Witz, publicó un poema, que ciertamente no brillaba por su calidad literaria, titulado “La patria entre mierda” en una modesta publicación local, por el que fue perseguido criminalmente por la Fiscalía ya años después, enfrentándose a la siguiente pena: “Seis meses a cuatro años de prisión o multa de 50 a 3 mil pesos, o ambas sanciones, a juicio de juez”. El poema era este: “Yo/ me seco el orín en la bandera/ de mi país,/ ese trapo/ sobre el que se acuestan/ los perros/ y que nada representa,/ salvo tres colores/ y un águila/ que me producen/ un vómito nacionalista/ o tal vez un verso/ lopezvelardiano/ de cuya influencia estoy lejos,/ yo, natural de esta tierra/ me limpio el culo/ con la bandera/ y los invito a hacer lo mismo:/ verán a la patria/ entre la mierda/ de un poeta”. En 2005, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia dictó una sentencia en un proceso de amparo por la que, por tres votos contra dos, se dejó vía abierta a la continuación de la causa criminal contra el poeta citado, considerando que cualquier

ultraje a la misma afecta la estabilidad y la seguridad de nuestra nación y que el poema “ofendió la moral pública, afectó derechos de terceros, contravino la paz y el seguridad social, y perturbó el orden público”.<sup>18</sup> Frente a la argumentación bastante hueca y poco convincente de la sentencia, los dos magistrados discrepantes sostuvieron, con toda razón, la primacía en este caso de la libertad de expresión. Y es que realmente, sin entrar en la legitimidad de la existencia de un tipo penal de ultraje a los símbolos del Estado, lo cierto es que en su aplicación no puede desconocerse el juego que ha de tener la libertad artística (o, más en general, la de expresión), máxime frente a una sanción penal de gran efecto disuasorio (*chilling effect*) de los derechos fundamentales, y en el caso salta a la vista que no había ningún “peligro claro y presente”, y desde luego no puramente hipotético o artificial, de violencia o incitación a la misma u otras razones similares, que pudieran eventualmente justificar, previa ponderación, el recurso a la pena (por lo demás, prevista con una indeterminación extrema).

Pero si el conflicto comentado, libertad de expresión o artística *versus* protección de los símbolos, es el caso más significativo de colisión de la protección jurídica de la bandera (extensible, *mutatis mutandis*, al himno nacional) y los derechos fundamentales, desde luego no es el único posible ni imaginable. Un ejemplo que la realidad nos ha ofrecido recientemente es el conflicto entre la protección jurídica del himno y la libertad religiosa en Rusia, donde un periodista y escritor ruso, militante ateo, Alexandre Nikonov, ha presentado una demanda ante la Corte Constitucional de su país, tras fracasar en su intento de lograr el amparo de los tribunales ordinarios frente a una cadena nacional de televisión que retransmitía el himno nacional diariamente a las seis de la madrugada, lo que él combatió por entender que dicho himno, en la parte de su letra que describe al país como una “tierra protegida por Dios” era contrario al artículo 14 de la Constitución (Rusia como Estado laico) y al artículo 13 del mismo texto, que subraya la diversidad ideológica y prohíbe una ideología de Estado dominante.

<sup>18</sup> Frente a esta visión tan formalista e insensuada, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en el comentado caso *Texas v. Johnson*, pese a que se trataba de una expresión mucho más “agresiva” por todas sus circunstancias, consideró que no estábamos ante “fighting words”, esto es, expresiones que probablemente inciten a la persona media a la represalia y con ello causen una quiebra de la paz, sino que estimó que “ningún observador razonable habría considerado la expresión generalizada de Johnson de descontento con las políticas del Gobierno Federal como un insulto directo personal o una invitación a intercambiar una pelea a puñetazos”. Esta razonabilidad media brilló por su ausencia en la sentencia mexicana, a nuestro juicio.

En último término, todos estos supuestos ponen de relieve la existencia de una tensión entre los símbolos del Estado y los derechos fundamentales de sus ciudadanos, que también han de ser un símbolo básico de un Estado. Esta tensión se resuelve en unos países dando una primacía absoluta o cuasi-absoluta a la libertad, que excluye la sanción penal y haciendo ver que la libertad que la bandera también simboliza protege incluso a quienes la atacan (Estados Unidos, optando así por una solución con primacía del individualismo y el liberalismo); en otros, dando una protección absoluta a los símbolos patrios, y sin apenas prestar atención a la libertad de expresión en juego (en parte, en España, y mucho más agudamente, México: solución con primacía del estatismo), y en otros, en fin, se adoptan soluciones intermedias que permiten la sanción penal en principio, pero exigen una ponderación casuística del “derecho fundamental *versus* la necesaria protección de los símbolos patrios por lo que representan”, todo ello a la luz de la proporcionalidad (Alemania) y distinguiendo según que la expresión de que se trate se dirija o no contra el símbolo patrio en sí. Desde nuestro punto de vista, la solución estadounidense y la alemana reflejan las dos soluciones legítimas en principio, mientras que la solución mexicana (y quizá la española) responden a una mentalidad que desconoce el valor de los derechos fundamentales, por mucha que sea la importancia que se reconozca a los símbolos del Estado.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- BAGEHOT, Walter, 2005, *La Constitución inglesa*, trad. de Adolfo Posada y estudio introductorio de Alonso Lujambio y Jaime Martínez Bowness, México, UNAM.
- CORRADI, Juan Eugenio, 2006, *Los hilos del desorden. Primeras trayectorias geopolíticas del siglo XXI*, BMS, Colección Opinión Sur.
- EBERLE, Edward J., 2002, *Dignity and Liberty*, Westport-Londres, Praeger.
- GARCÍA Amado, Juan Antonio, 2003, “¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?”, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, 1991, “Ensayo de una teoría de los símbolos políticos”, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- KELSEN, Hans, 1999, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, trad. y estudio introductorio de Juan Antonio García Amado, Madrid, Altaya.

- MAUNZ, Theodor *et al.*, 2005, *Deutsches Staatsrecht*, C.H.Beck, Múnich.
- MURSWIEK, Dietrich, 2000, “Verfassungsfragen der staatlichen Selbstdarstellung. Anmerkungen zur Staatspflege und zur staatlichen Selbstdarstellung im demokratischen Verfassungsstaat”, en MURSWIEK, Dietrich *et al.* (Hrsg.), *Staat-Souveränität-Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag*, Schriften zum öffentlichen Recht, Berlín, Duncker & Humblot, vol. núm. 814.
- ROSATTI, Horacio D., 1994, “La estatidad comprometida”, en el Ciclo de Autoridades del Gobierno Nacional, *Hacia la Argentina que queremos: Reflexiones sobre el Estado*, conferencia en el INAP-Instituto Nacional de la Administración Pública, Buenos Aires, 30 de septiembre de 2004.
- SMEND, Rudolf, 1985, *Constitución y derecho constitucional*, trad. de José María Beneyto Pérez, Madrid, CEC.
- , 1994, I, “Integrationslehre”, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlín, Duncker & Humblot.
- , 1994, II, “Integration”, en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 482 y ss.
- , 2005, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el tribunal constitucional alemán*, trad. y estudio preliminar de Joaquín Brage Camazano, México, UNAM.