

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Recurso Ordinario nº 190/2019

SENTENCIA Nº 1914/2021

Ilmos. Sres.:

Presidente

DON JAVIER AGUAYO MEJÍA

Magistrados

DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS

DON FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS

DON PEDRO LUIS GARCÍA MUÑOZ

DON EDUARDO PARICIO RALLO

DOÑA ELSA PUIG MUÑOZ

DOÑA ROSA MARIA MUÑOZ RODÓN

En la ciudad de Barcelona, a 28 de abril de 2021.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el Recurso Ordinario nº 190/2019, interpuesto por la Asociación IMPULSO CIUDADANO, representada por el Procurador de los Tribunales y defendida por Letrado, siendo parte demandada la GENERALITAT DE CATALUNYA, representada y defendida por el Abogado de la Generalitat.

Ha sido Ponente el Magistrado D. José Manuel de Soler Bigas, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - Por la representación procesal de la Asociación actora se interpuso en fecha 28 de junio de 2019 recurso contencioso-administrativo, en los términos del suplico del escrito de interposición, *“contra la actuación del Gobierno de la Generalitat de Catalunya constitutiva de vía de hecho consistente en la colocación en la fachada del Palau de la Generalitat que da a la Plaza de Sant Jaume de*

Barcelona el pasado 27 de mayo de 2019 de una pancarta que reclama la “libertad de los presos políticos y exiliados”, en catalán y en inglés, con un lazo amarillo que acompaña la citada leyenda y con estimación del mismo condene a la Administración a la cesación de dicha situación”.

SEGUNDO - Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación; en cuyos escritos terminaron formulando las solicitudes que se contienen en sus respectivos suplicos.

TERCERO - No habiendo solicitado las partes el recibimiento del procedimiento a prueba pero sí conclusiones la parte actora, mediante D.O. se acordó dicho trámite, formulando las partes conclusiones escritas, y señalándose finalmente fecha para la deliberación, votación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - Son hechos objeto de enjuiciamiento los siguientes, según resulta de lo actuado.

1) En fecha 27 de mayo de 2019 (La Vanguardia, edición de ese día, doc. nº 1 acompañado por la parte actora), *“Finalizado el período electoral, el president de la Generalitat, el Palau de la Generalitat vuelve a lucir la pancarta original que hacía mención a la “libertad de los presos políticos” y lucía un lazo amarillo, que fue sustituida hace un par de meses por otra sin referencias a la causa judicial como consecuencia del veto de la Junta Electoral Central (JEC)”.*

2) El siguiente 5 de junio de 2019, la Asociación actora dirigió un requerimiento al MH President de la Generalitat de Catalunya, *“para que ponga fin a la situación material...consistente en la presencia en el balcón de la Plaza de Sant Jaume de Barcelona, sede del Gobierno de la Generalitat de una pancarta que reclama la “libertad de los presos políticos y exiliados”, en catalán y en inglés, con un lazo amarillo y, en consecuencia, se proceda a la inmediata retirada de la misma en el edificio de titularidad pública que actualmente ocupa”* (documento único dicho requerimiento, que integra el expediente administrativo remitido por la Administración demandada, en cumplimiento del art. 48.1 y 4 de la LJCA).

3) Interpuesto por la Asociación actora en fecha 28 de junio de 2019, según ya consta, el presente recurso contencioso, e incoada pieza separada de medidas cautelares a instancias de la parte actora, oída la representación procesal de la Administración demandada con arreglo al art. 131 LJCA, se dictó Auto en fecha 19 de septiembre de 2019, en cuya parte dispositiva se acordó que,

“HA LUGAR a la adopción de la medida cautelar solicitada por la parte actora, y en consecuencia, REQUIÉRASE, de forma personal, al Muy Honorable Sr. President de la Generalitat de Catalunya, a fin de que con arreglo al art. 134.1 de la LJCA y en todo caso, en el plazo de 48 horas, a partir de la práctica de dicho requerimiento, proceda a retirar de la fachada del Palau de la Generalitat, la pancarta y el símbolo que son objeto de este proceso”.

4) La medida cautelar fue confirmada en vía de recurso de reposición formulado por la parte demandada, mediante Auto de fecha 4 de noviembre de 2019.

Se reseñó en dicho Auto (FJ 2º) que: *“a) Convocadas elecciones generales en el BOE del pasado 24 de septiembre de 2019 (R.D. 551/2019), no por ello se retiraron la pancarta y el símbolo; y b) Hechos precedentes de la misma naturaleza, derivaron en el Procedimiento Abreviado 1/2019, del que conoce la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya”.*

Y se acordó igualmente en la parte dispositiva de dicho segundo Auto, el libramiento de testimonio de los particulares obrantes en la pieza separada y su remisión *“al Exmo. Sr. Presidente de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de acuerdo con lo razonado en el FJ 5º de esta resolución, por si los hechos tuvieren relevancia penal”.*

Se puso de manifiesto en el FJ 5º, entre otros hechos, que:

“Mediante subsiguiente Providencia (de 27 de septiembre de 2019) se acordó entre otros extremos que:

“Constatado el incumplimiento de lo acordado en el referido Auto de 19 de septiembre de 2019, y con arreglo a lo previsto en el art. 108.1 a) en relación con el art. 134.1 de la LJCA, diríjase oficio, mediante telefax y por correo electrónico, al Sr. Comisario General del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, requiriéndole para que, de forma inmediata, dé instrucciones a la fuerza a su mando para que procedan a retirar, de la fachada del Palau de la Generalitat, sito en la Plaça Sant Jaume de esta ciudad, la pancarta y símbolo que son objeto de este proceso (“libertad de los presos políticos y exiliados, en catalán y en inglés, con un lazo amarillo”).

Dando cuenta a este Tribunal” (fol. 147).

Por el Cuerpo de Mossos d'Esquadra se levantó acta, el 27 de septiembre de 2019, a las 15.40 horas, reseñando las actuaciones realizadas, y la retirada de la pancarta y el símbolo, a las 15.35 horas (fols. 153 a 155)”.

Los referidos Autos dictados en la pieza separada de medidas cautelares de este proceso no fueron objeto de recurso, ex arts. 87.1 b) y 89.1 LJCA, de modo que devinieron firmes.

5) Formalizada la demanda por la parte actora en los autos principales, solicita en el suplico de la misma que se condene *“a la Administración demandada a que cese en la vía de hecho y retire con carácter definitivo la pancarta relativa que reclamaba la “libertad de los presos políticos y exiliados”, en catalán y en inglés, con un lazo amarillo, y reponga la fachada al estado original, sin pancartas”.*

La parte demandada interesa en el suplico del escrito de contestación a la demanda que *“s'ínadmeti el recurs contenciós administratiu o subsidiariàment el desestimi”.*

SEGUNDO - 1) Se alega en dicho escrito de contestación a la demanda, como primer motivo de inadmisibilidad del recurso contencioso, la *“manca de jurisdicció i*

per haver interposat el recurs contra una activitat no susceptible d'impugnació”, con invocación del art. 69 a) y c) de la LJCA.

Así, “la decisió del President de la Generalitat de penjar la referida pancarta a la façana del Palau de la Generalitat no és propiament una via de fet, perquè no es tracta de l'exercici d'una potestat administrativa. Es tracta, per contra, d'un exercici per part del President de la Generalitat de la seva llibertat d'expressió”, y ello, “com qualsevol altre ciutadà”.

2) Tal como se puso de manifiesto en el FJ 3º del Auto dictado en fecha 4 de noviembre de 1919, el MH President de la Generalitat podía ejercitar su derecho a la libertad de expresión, reconocido en el art. 20.1 CE y en el art. 10.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en todos los foros y en todos los formatos a su alcance, en el Parlament y en los medios públicos y privados de comunicación.

En este caso, se trataba no obstante de una actuación con específicas características, como son las de hacer uso, con finalidades partidistas (más adelante se profundizará en este concepto), de la fachada de un bien de dominio público, destinado al uso general (art. 3.2 del D.L. 1/2002, de 24 de diciembre; art. 65.1 del Decret 323/1983, de 14 de julio), como es el Palau de la Generalitat, y ello, por parte de un órgano de la Institución, como es el titular de la Presidencia (arts. 1.2 y 67 de la L.O. 6/2006, de 19 de julio, EAC).

3) La STS, Sala 3ª, de 28 de junio de 2019, rec. 352/2018, en relación con una Sentencia dictada por esta Sala y Sección, teniendo por objeto (FJ 1º) una resolución del Pleno del Ayuntamiento de Piera (*"Aprovació de la declaració municipal d'independència de Catalunya...Davant el context d'emergència nacional que viu Catalunya"*), y con remisión a la STS, Sala 3ª, de 26 de junio de 2019, rec. 5075/2017, formuló los pronunciamientos siguientes:

FJ 4º: ***“..El artículo 106.1 CE, reiterado en el art. 8.1 LOPJ, establece el principio de impugnabilidad universal de las disposiciones y resoluciones administrativas, connatural a nuestro Estado de Derecho. Todos los poderes públicos están sometidos a la ley (artículo 9.1 y 9.3 CE) y, por ello, lo está la propia Administración Pública, entendida ésta en un sentido lato (artículo 103.1 CE)...***

...Esos actos, inactividad o vías de hecho del Gobierno, o de los citados Consejos de Gobierno son los que tradicionalmente se han denominado actos políticos. No están sometidos necesariamente al Derecho administrativo pero, sin embargo, la LJCA no niega el control judicial sobre ellos que, por otra parte, ya había sido declarado y ejercido con intensidad por nuestra jurisprudencia, en todos los supuestos en los que ese control es judicialmente asequible [por todas, sentencias de 28 de junio de 1994 (Rec. 7105/1992), 4 de abril de 1997 (Recs. 602/1996, 634/1996 y 726/1996) ó, más recientemente, 20 de noviembre de 2013 (Rec. 13/2013)].

*Es indiscutido así, como entiende el auto de admisión, que **la vieja doctrina del acto político del Gobierno no puede ser invocada hoy, en ningún caso, como fundamento de la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo** porque es obligado que el juzgador entre a conocer del acto, de la inactividad o de la vía de hecho que se enjuicie para determinar si en los mismos existen elementos*

susceptibles de control jurisdiccional”.

“...el acto municipal al que se refiere esta casación se mueva, o no, en un terreno político y produzca, o deje de producir, efectos jurídicos o efectos vinculantes (Cfr., FJ 2 de la STC 42/2014) es susceptible de control jurisdiccional”.

FJ 5º: “...no existe en nuestro Derecho ningún espacio franco o libre de la Ley, en el que puedan actuar poderes públicos”.

(En el mismo sentido, en cuanto a esta última afirmación, la STS, Sala 3ª, de 26 de mayo de 2020, rec. 1327/2018, FJ 5º).

4) Partiendo de la transcrita doctrina jurisprudencial, trasladable al caso puesta en relación con la actuación, con las reseñadas específicas características, sometida a enjuiciamiento, se constata igualmente que, tal como se puso de manifiesto en el Auto dictado en fecha FJ 4 de noviembre de 2019 (FJ 3º):

*“...aun defendiendo, como es el caso de la parte demandada, la naturaleza de acto político de la actuación objeto del proceso, de cualquier modo, **la decisión de instalar la pancarta y el símbolo, el coste de su confección, por menor que sea, y la utilización de terceras personas para todo ello, acaso funcionarios, cabalmente hubieran debido documentarse, lo que no resulta del expediente administrativo aportado al proceso, que consta de un único documento, el requerimiento formulado por la Asociación actora, sin respuesta por parte de la Administración demandada”.***

Por todo ello, en definitiva, la actuación que funda el presente recurso contencioso sí resulta fiscalizable por este orden jurisdiccional y ello, por la vía del art. 30 LJCA invocada por la parte actora, como actuación material por vía hecho, no documentada de ningún modo.

TERCERO - 1) El segundo motivo de inadmisibilidad del recurso contencioso que alega la parte demandada en el escrito de contestación a la demanda es la *“manca de legitimació activa del recurrent (art. 69 b) LJCA”*.

Se niega en dicho escrito *“que l’associació recurrent sigui titular d’un interès legítim”,* con invocación de *“la constant jurisprudència que rebutja l’ús de fórmules d’autoatribució associativa...a partir de la definició de finalitats genèriques en els seus estatuts”.*

Siendo así que *“la llibertat ideològica és una llibertat fonamental de caràcter estrictament personal”,* que solo puede defenderse *“a títol individual”.*

2) Se razonó en el Auto dictado en fecha 19 de septiembre de 2019 (FJ 2º) en la pieza separada de medidas cautelares, lo siguiente al respecto:

“La Asociación actora invoca la vulneración, por la Administración demandada, del deber de objetividad que le concierne con arreglo al art. 103.1 CE, que pone en relación con los arts. 1 y 16 CE.

A la pancarta y el símbolo objeto del proceso, colocados, notoriamente con vocación

de permanencia, en la fachada del Palau de la Generalitat, les resulta de aplicación lo razonado, para la “estelada”, por la STS, Sala 3ª, de 28 de abril de 2016, rec. 827/2015, FJ 2º, a saber:

“(que) resulta obvio que su uso y exhibición por un poder público...solo puede ser calificado de partidista en cuanto asociado a una parte -por importante o relevante que sea- de la ciudadanía identificada con una determinada opción ideológica (aunque esta sea compartida por varios partidos o fuerzas electorales), pero no representativa del resto de los ciudadanos que no se alinean con esa opción, ni por consiguiente, con sus símbolos”.

2) Con arreglo al art. 19 de la LJCA:

“1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

b) Las corporaciones, **asociaciones**, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el art. 18 que resulten **afectados** o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”.

Y a su vez, conforme al art. 7.3 LOPJ:

“Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, **asociaciones** y grupos que resulten **afectados** o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”.

Partiendo pues de la naturaleza que cabe conferir a la pancarta y el símbolo objeto del proceso, colocados en un edificio público de titularidad de la Administración demandada, y con arreglo al principio pro actione aplicable, según la más amplia doctrina constitucional, a las situaciones de acceso a la jurisdicción, no cabe dejar de reconocer a los ciudadanos que, en los términos de la STS de 28 de abril de 2016 transcrita, no se alinean con la opción ideológica representada por dicha pancarta y el símbolo anexo, una afectación objetiva en razón de su exhibición, en el lugar en el que ésta se produce.

Pone de manifiesto, al respecto, la STS, Sala 3ª, de 9 de julio de 2013, rec. 357/2011, en su FJ 4º, que,

“Las sentencias de 11 de julio y 17 de octubre de 1983 del Tribunal Constitucional, justificaron la extensión de dicho concepto (el interés legítimo) en que dentro del actual Estado Social y Democrático de Derecho **el individuo se encuentra en la necesidad de asociarse o agruparse para articular medidas efectivas de defensa ante poderosas y anónimas organizaciones administrativas**; se otorga preeminencia a los derechos ciudadanos dando lugar a la consideración de un interés general que trasciende el que asume y gestiona la administración como única y legítima representante del mismo, dando lugar a la aparición progresiva de intereses difusos y colectivos que conforman el interés general y que demandan su reconocimiento y protección”.

En este caso, es recurrente una agrupación de ciudadanos que, en ejercicio del

derecho fundamental de asociación reconocido en el art. 22.1 CE, constituyeron la que es actora en este proceso, contemplando el art. 2 de sus Estatutos, entre los fines asociativos, "Promover y defender el pluralismo político, ideológico...(y) Defender los valores contenidos en la Constitución...".

3) Así las cosas, valorando cuanto antecede, no cabe, cuanto menos en este momento procesal, negar a la Asociación actora la legitimación activa en el proceso, en defensa de derechos e intereses colectivos que estima afectados por la actuación administrativa impugnada, entre ellos, los derechos de los ciudadanos agrupados en la misma.

De modo que no se trata "únicamente de una autoatribución estatutaria", en los términos de la jurisprudencia que cita la parte demandada, sino que se estiman de aplicación al caso, los pronunciamientos favorables al reconocimiento de la legitimación asociativa, resultantes de las Sentencias dictadas por esta Sala y Sección en fechas 6 de marzo de 2013, rec. 291/2010; 6 de marzo de 2013, rec. 344/2010; y 5 de julio de 2018, rec. 767/2016.

Confirmadas, las dos primeras, por las STS, Sala 3ª, de 5 de mayo de 2015, rec. 1600/2013; y 5 de mayo de 2015, rec. 1604/2013".

3) Pone de manifiesto la STC 218/2009, de 21 de diciembre, rec. 3676/2006, en su FJ 2º:

"...la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican" (STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2).

En desarrollo de esta doctrina en relación con la legitimación para acceder al proceso ha destacado el Tribunal que, al reconocer "el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de [tal] legitimación activa" (SSTC 42/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2; 85/2008, de 21 de julio, FJ 4; y 119/2008, de 13 de octubre, FJ 4, por todas)...

La aplicación de la doctrina antes reseñada al supuesto sometido a nuestra consideración conduce al otorgamiento del amparo solicitado, pues el examen de la Sentencia impugnada pone de manifiesto que la inadmisión del recurso contencioso-administrativo por ausencia de legitimación de la asociación recurrente en amparo supuso una interpretación de las reglas aplicables que cabe calificar de excesiva o desproporcionadamente rigorista, atendidas las circunstancias concurrentes.

A tal conclusión se llega, en primer lugar, si se observa **la finalidad estatutaria de la asociación recurrente, en cuanto delimitación propia de sus intereses** (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 6, y 28/2009, de 26 de enero, FJ 4)...

Pues bien, a la vista de cuanto ha quedado expuesto, **es notoria, como señala**

acertadamente el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la concordancia de los fines estatutarios de la asociación recurrente con el objeto del litigio,

*...En consecuencia, existiendo una relación directa entre los fines de la asociación y los concretos motivos en que se fundamentaba la impugnación...no cabe negar que para la asociación recurrente, en atención a sus fines estatutarios, no es neutral o indiferente el mantenimiento de la norma recurrida" (SSTC 282/2006, de 9 de octubre, FJ 3, y 28/2009, de 26 de enero, FJ 4). En estas circunstancias no resulta manifiestamente irrazonable la negación del interés de la asociación recurrente en el pleito que promovía, pero sí es **contraria a la amplitud que desde la perspectiva constitucional debe guiar las reglas de atribución de legitimación activa, y sí comporta, por el contrario, una restricción rigorista y desproporcionada del acceso a la jurisdicción, lesiva por ello del derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)**".*

En similares términos se pronuncia la STC 28/2009, de 26 de enero, rec. 10292/2006, en su FJ 4º: "**Es notoria la concordancia de estos fines estatutarios con el objeto del litigio**".

(Y en el mismo sentido, STC 282/2006, de 9 de octubre, rec. 2278/2003, FJ 3º; y 184/2008, de 22 de diciembre, rec. 3321/2007, FJ 3º).

4) Los ciudadanos que no se alineen con la opción ideológica representada por la pancarta y el símbolo anexo de referencia, instalados en el edificio de titularidad pública emblemático que constituye el Palau de la Generalitat, pueden considerarse legítimamente afectados por tal actuación, contraria al principio de objetividad y de neutralidad institucional contemplado en el art. 103.1 CE, en relación con los de pluralismo político y libertad ideológica derivados de los arts. 1.1 y 16.1 CE, en el sentido de menoscabo o perjuicio que cabe atribuir al término afectación (la ya citada STS de 9 de julio de 2013, FJ 4º).

Partiendo de esa premisa, y de nuevo conforme a los transcritos razonamientos de esta última, es también legítimo "*que dentro del actual Estado Social y Democrático de Derecho el individuo se encuentra en la necesidad de asociarse o agruparse para articular medidas efectivas de defensa ante poderosas y anónimas (aquí no, identificada la autoría del acto) organizaciones administrativas*".

Considerado todo ello, debe reconocerse en este proceso la legitimación asociativa a la entidad recurrente, conforme a los arts. 19.1 b) LJCA y 7.3 LOPJ, y la doctrina constitucional y de la Sala 3ª del TS que se han reseñado.

CUARTO - 1) En lo que se refiere ya al fondo del asunto, los alegatos que se contienen en el escrito de contestación a la demanda pueden resumirse en que:

"La decisió del President de la Generalitat de penjar a la façana del Palau de la Generalitat la pancarta amb el lema "Llibertat presos polítics i exiliats" i un llaç groc és un exercici de la seva llibertat de expressió".

Tal como se ha puesto de manifiesto en el FJ 2º precedente, la actuación objeto de enjuiciamiento presenta características específicas, dentro del amplio formato al

alcance del MH President de la Generalitat, para ejercitar su derecho a la libertad de expresión, en todos los foros, incluidas las sedes partidarias, el Parlament, los medios públicos y privados de comunicación, las redes sociales y otros posibles.

No resulta aquélla equiparable a unas declaraciones ante los medios de comunicación, como es el caso de la STS, Sala 3ª, de 5 de octubre de 2015, rec. 114/2913, que la parte demandada invoca y transcribe.

Se trata aquí, debe reiterarse, del uso, con finalidades partidistas, por cuanto los símbolos ideológicos utilizados tan sólo son compartidos por una parte de la ciudadanía, de la fachada de un edificio de titularidad pública como es el Palau de la Generalitat, por parte de un órgano (arts. 1.2 y 67 de la L.O. 6/2006, de 19 de julio, EAC) de la Institución, estando sujeta esta última al principio de objetividad y de neutralidad institucional contemplado en el art. 103.1 CE, en relación con los de pluralismo político y libertad ideológica derivados de los arts. 1.1 y 16.1 CE.

2) En relación con lo que antecede, se cuenta con numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, algunos muy recientes, que procede traer a colación.

i) La Sentencia dictada por esta Sala y Sección en fecha 5 de julio de 2018, rec. 767/2016, remitiéndose a la STS, Sala 3ª, de 28 de abril de 2016, rec. 827/2015, razona en su FJ 3º:

*“Entrando en las cuestiones de fondo, debemos partir, como hace la sentencia de instancia, de la interpretación recogida en la STS de 28 de abril de 2016, la cual confirma la decisión de la Junta Electoral Central de **retirar esteladas de edificios públicos**, pero cuya doctrina, que extiende a otros lugares públicos, alcanza a este supuesto de hecho en cuanto que **se asienta en el principio de neutralidad institucional que, si bien reforzado en los periodos electorales, debe mantenerse en todo momento.***

*En la citada Sentencia se indica que la objetividad y neutralidad de la Administración ha de vincularse necesariamente a los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y 103.1 CE...Tal **exigencia de neutralidad es incompatible con actuaciones institucionales "partidistas", alineadas con las pretensiones de un grupo de ciudadanos con inevitable exclusión del resto...***

Según se expresa en el fundamento segundo de la sentencia: "...(es) notorio que la bandera "estelada" constituye un símbolo de la reivindicación independentista de una parte de los ciudadanos catalanes representados por una parte de los partidos políticos, y sistemáticamente empleado por aquellas fuerzas políticas que defienden esa opción independentista, pero carece de reconocimiento legal válido como símbolo oficial de ninguna Administración territorial, por lo que resulta obvio que su uso y exhibición por un poder público -en este caso de nivel municipal- solo puede ser calificado de partidista en cuanto asociado a una parte -por importante o relevante que sea- de la ciudadanía identificada con una determinada opción ideológica (aunque esta sea compartida por varios partidos o fuerzas electorales), pero no representativa del resto de los ciudadanos que no se alinean con esa opción, ni por consiguiente, con sus símbolos...

*En definitiva, **la actividad impugnada supone la privatización del espacio***

público, de uso común, mediante su ocupación permanente por un elemento que representa una opción partidista, con vulneración de los principios de objetividad y neutralidad institucional”.

ii) La STS, Sala 3ª, de 26 de mayo de 2020, rec. 1327/2018, se planteó en su Antecedente 3º:

“Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

Si resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente, y, en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas, la utilización -incluso ocasional- de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, aun cuando las mismas no sustituyan, sino que concurren, con la bandera de España y las demás banderas legal o estatutariamente instituidas”.

Y concluyó en su FJ 6º, que:

“A la vista de lo argumentado se fija como doctrina que no resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente, y en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas la utilización, incluso ocasional, de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, aun cuando las mismas no sustituyan, sino que concurren, con la bandera de España y las demás legal o estatutariamente instituidas”.

iii) La STS, Sala 3ª, de 15 de marzo de 2021, rec. 346/2019, confirmó la sanción de multa impuesta por la Junta Electoral Central (Acuerdo de 13 de junio de 2019) al MH President de la Generalitat, por haber incurrido en la infracción tipificada en el art. 153 de la L.O. 5/85, de 19 de junio, LOREG, por la *“exhibición, pública y notoria, de lazos amarillos y otros símbolos de carácter partidista en las fachadas de diferentes edificios y espacios públicos dependientes del Gobierno que preside”* (FJ 1º).

En el FJ 9º de dicha STS, se razona:

“La neutralidad de las instituciones como principio básico de nuestro ordenamiento se encuentra declarada en los arts. 9.3 y 103.1 CE y reiterada en las SSTS de 19 de noviembre de 2014, recurso 288/2012 (denuncia de la campaña institucional denominada “una reforma para el empleo”), 28 de abril de 2016, recurso 827/2015 (bandera estelada), 18 de junio de 2014, recurso 555/2012 (prohibición de campaña institucional de incentivación del voto)....

Ninguna duda ofrece que el “lazo amarillo” y “las banderas esteladas” no representan a todos los ciudadanos de Cataluña careciendo de prueba alguna el pretendido carácter transversal de los citados símbolos.

En el Fundamento Segundo de la STS de 28 de abril de 2016 se dice:

«Tal exigencia de neutralidad se agudiza en los períodos electorales, puesto que como sostiene este Tribunal en la sentencia de 19 de noviembre de 2014 (denun, rec. 288/2012, “el sufragio igualitario para la elección de representantes parlamentarios es, según disponen los artículos 68.1 y 69.2 de la Constitución (CE) y

8.1 de la LOREG, un elemento de suma trascendencia de nuestro sistema político, y por ello, paralelamente, la neutralidad de todos los poderes públicos constituye uno de los instrumentos legalmente establecidos para hacer efectiva esa igualdad que ha de ser observada en el sufragio. Y procede añadir así mismo, que dicha neutralidad en los procesos electorales es **una de las específicas proyecciones que tiene el genérico mandato de objetividad que el artículo 103.1 CE proclama para la actuación de toda Administración pública**"; razón por la cual sostiene la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2014, rec. 555/2012) que "ese artículo 50.1 de la LOREG debe ser interpretado en la clave constitucional del sufragio libre que proclama el artículo 68 de la Carta Magna. Sufragio libre que significa proclamar como un esencial designio de verdadera democracia el establecer **un sistema electoral que garantice un marco institucional de neutralidad en el que el ciudadano pueda con absoluta libertad, sin interferencias de ningún poder público, decidir los términos y el alcance de su participación política**".

Compartimos el criterio del Fiscal cuando afirma que, en contra de la argumentación de la parte demandante, el adjetivo partidista no puede interpretarse dentro de ese contexto constitucional y legal como perteneciente a un partido político, sino simplemente como incompatible con el deber de objetividad y neutralidad de los Poderes Públicos y las Administraciones, en la medida en que estos toman partido por una posición parcial, es decir, no ajustada a ese deber de neutralidad o equidistancia, sino **alineada con las pretensiones de un grupo de ciudadanos con inevitable exclusión del resto**, y hacemos nuestra también la afirmación de que lo relevante no es que la bandera cuestionada pertenezca a un partido, o se identifique con una concreta formación política, sino que **no pertenece a -es decir, no se identifica con- la comunidad de ciudadanos que, en su conjunto, y con independencia de mayorías o minorías, constituye jurídicamente el referente territorial de cualquiera de las Administraciones o Poderes Públicos constituidos** en el Estado español, en la Comunidad Autónoma de Cataluña o en la provincia de Barcelona, y por tanto **su uso por cualquiera de esas Administraciones o Poderes quiebra el referido principio de neutralidad**, siendo notorio que **la bandera "estelada" constituye un símbolo de la reivindicación independentista de una parte de los ciudadanos catalanes representados por una parte de los partidos políticos**, y sistemáticamente empleado por aquellas fuerzas políticas que defienden esa opción independentista, pero carece de reconocimiento legal válido como símbolo oficial de ninguna Administración territorial, resulta obvio que su uso y exhibición por un poder público -en este caso de nivel municipal- solo puede ser **calificado de partidista en cuanto asociado a una parte -por importante o relevante que sea- de la ciudadanía identificada con una determinada opción ideológica (aunque esta sea compartida por varios partidos o fuerzas electorales), pero no representativa del resto de los ciudadanos que no se alinean con esa opción, ni por consiguiente, con sus símbolos...**

La fijación de límites a la libertad de expresión y el deber de neutralidad que impone la normativa electoral (en las federaciones deportivas y su configuración jurídica) es **recordada en fecha reciente, STC 5/2021, de 25 de enero, FJ, 4º b)** (proceso electoral a la presidencia de la Real Federación Española de Fútbol) con mención del caso Haldimann y otros C. Suiza, párrafo 46, STEDH 24 de febrero de 2015. Al mismo tiempo la antedicha sentencia, FJ 5Ab), recuerda que el Tribunal

Constitucional ha declarado que:

«"en ningún caso son titulares de los referidos derechos fundamentales las instituciones públicas o sus órganos (en relación con la libertad de expresión, SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4; 254/1993, de 20 de julio, fj 7; en relación con las libertades de expresión e información, ATC 19/1993, de 21 de enero", (por todas, las SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 8, y 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 3.

Este tribunal ha declarado que **"no puede equipararse la posición de los ciudadanos y la de las instituciones públicas, en el disfrute de la libertad de expresión: pues, mientras aquellos gozan de libertad para criticarlas, las instituciones encuentran su actuación vinculada a los fines que les asigna el ordenamiento jurídico, entre los que no se encuentra ciertamente el de atribuir calificativos a sus administrados"** (ATC 19/1993, de 21 de enero, FJ 2, y la referencia que en el mismo se hace a la STC 185/1989, FJ 4)".

Es aquí extrapolable el último inciso del último fundamento de la antedicha STC 5/2021 cuando afirma: **«el ejercicio de derechos fundamentales, que solo están reservados a los ciudadanos particulares, pero no a órganos o representantes de una entidad que se halle en aquel momento en el desempeño de funciones públicas, cuyos actos siempre han de estar vinculados a los fines que les asigne el ordenamiento jurídico.»**.

iv) La STC 5/2021, de 25 de enero, rec. 1331-2019, razona por su parte en su FJ 4º:

"Libertades de expresión e información: Delimitación y doctrina constitucional.

b) Limitado, pues, el objeto de nuestro enjuiciamiento a la libertad de expresión, este tribunal ha declarado que "[c]omo cualquier otro derecho fundamental de libertad, el enunciado en el art. 20.1 a) CE hace posible y garantiza la autodeterminación del individuo y, a su través, de los grupos sociales en los que por libre decisión pueda integrarse. Tiene también este derecho, y con reiteración lo hemos dicho, una dimensión trascendente u objetiva (por todas, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2, y 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 5), pues mediante su ejercicio —sin más restricciones que las que puedan fundamentarse en la preservación de otros derechos o bienes constitucionales— se construye un espacio de libre comunicación social, de continuo abierto, y se propicia con ello la formación tanto de opinión pública como de una ciudadanía activa, sin cuya vitalidad crítica no son posibles, o no lo son en plenitud, ni la democracia ni el pluralismo políticos (art. 1.1 CE). Esta libertad de expresión, ya queda dicho, no está exenta, como cualquiera otra, de límites fijados o fundamentados en la Constitución y con ellos ha de ser consecuente su ejercicio, pues si bien el ordenamiento no ha de cohibir sin razón suficiente la más amplia manifestación y difusión de ideas y opiniones, su expresión conlleva siempre, como todo ejercicio de libertad civil, deberes y responsabilidades y así lo viene recordando, justamente para este preciso ámbito, el Tribunal de Estrasburgo (por todas, Sentencia de 24 de febrero de 2015, caso Haldimann y otros c. Suiza, párrafo 46)" (STC 65/2015, FJ 2º).

También, ha destacado este tribunal que el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a límites constitucionales. Así, ha señalado que "[q]uedan

extramuros de la protección que confiere el derecho las ‘frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito’ (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3). Pero, junto a ello, **‘la tendencia expansiva de la libertad de expresión encuentra también su límite en el respeto al contenido normativo garantizado por otros derechos fundamentales**, cuya afectación no resulta necesaria para la realización constitucional del derecho. Como hemos señalado en ocasiones anteriores, el deslinde de la libertad de expresión no es nunca total y absoluto (por todas, STC 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 3) y, a menudo, la delimitación de su ámbito protegido solo puede hacerse a partir de la de otros derechos fundamentales, aunque, eso sí, mediante la adecuada **ponderación de los valores constitucionales enfrentados, entre los que destaca la garantía de la existencia de la opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político**’ (STC 23/2010, FJ 3, y jurisprudencia allí citada)” (STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5).

En todo caso, **esos límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser, no obstante, ponderados siempre con rigor y “precisados caso a caso, a la vista de los derechos y valores constitucionales que pueden verse afectados por su ejercicio”** (STC 187/2015, de 21 de septiembre, FJ 2). Esta regla es de obligada atención con carácter general cuando aquel derecho fundamental entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la normativa correspondiente, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión en nuestro ordenamiento como sustento del pluralismo y del orden político (arts. 1.1 y 10.1 CE)”.

QUINTO - Se puso de manifiesto en el Auto dictado en la pieza de medidas cautelares en fecha 4 de noviembre de 2019 (FJ 3º), la falta de semejanza con el presente supuesto de los objetos de diversas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH, invocadas por la parte demandada : “de 20 de noviembre de 2018 (Assumpte Toranzo Gómez v. Espanya)”; “de 29 de març de 2016 (Assumpte Bédat v. Suïssa)”; “de 6 de desembre de 2016 (Assumpte Belge v. Turquia)”; y “de 16 de setembre de 2014 (Assumpte Karácsony i altres v. Hongria)”.+

“Así -se reseñó en dicho Auto- la Sentencia del TEDH de 16 de septiembre de 2014, nº 44357/2013, dilucidó la improcedencia de una sanción impuesta por el Presidente del Parlamento de Hungría, a miembros del mismo, integrantes de un partido de la oposición, por manifestaciones y actuaciones realizadas con ocasión de una sesión parlamentaria.

La Sentencia del TEDH de 29 de marzo de 2016, nº 56925/2008, tuvo por objeto la actuación de un profesional del periodismo y el contenido de un artículo por él publicado.

En cuanto a las Sentencias del TEDH de 6 de diciembre de 2016, nº 40192/2006, y de 20 de noviembre de 2018, nº 26922/2014, la primera, tuvo por objeto una denuncia por malos tratos policiales, formulada por un ciudadano ruso, y en la segunda, fue demandante un ciudadano español, condenado penalmente por haber imputado torturas, “físicas y psicológicas”, con ocasión de participar una rueda de

prensa, a la policía que lo detuvo”.

SEXTO - Cabe concluir pues, que la valoración conjunta de los principios y derechos resultantes de los arts. 1.1, 9.1, 9.3, 16.1, 20.1, 103.1 y 106.1 CE, a la luz de la doctrina jurisprudencial que se ha reseñado, puestos en relación con la actuación objeto de enjuiciamiento y sus específicas características, que se han puesto de manifiesto, determinan la ilegalidad de la misma, debiendo entenderse justificada la restricción inherente, del invocado derecho MH President de la Generalitat a la libertad de expresión.

Y ello, por demás, de conformidad con el art. 10.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, que admite tales restricciones, entre ellas, las relacionadas con la protección de los derechos ajenos, disponiendo *“las Altas Partes contratantes...de margen de discrecionalidad al evaluar si y en qué medida es necesaria una injerencia en el derecho a la libertad de expresión”* (Sentencias del TEDH de 20 de noviembre de 2018, nº 26922/2014, antedicha, FJ 50).

Ilegalidad la de la actuación objeto de enjuiciamiento, iniciada en fecha 27 de mayo de 2019 (FJ 1º precedente), reforzada y agravada a partir del siguiente de 24 de septiembre de 2019, con la convocatoria de una nuevas elecciones generales (R.D. 551/2019), suponiendo aquélla una directa transgresión de la prohibición a los poderes públicos, de llevar a cabo actuaciones partidistas, con arreglo a los arts. 50 y 153 de la L.O. 5/1985, de 19 de junio, LOREG.

SÉPTIMO - No obstante, la estimación del recurso contencioso deberá ser parcial.

La parte actora introdujo en la demanda un hecho y un acto posteriores al que había sido objeto del escrito de interposición del presente recurso contencioso (antecedente 1º de esta Sentencia), a saber, la colación en la fachada del Palau de la Generalitat, a las 18.15 horas del 27 de septiembre de 2019, de una pancarta con el texto *“Llibertat d’opinió i d’expressió, article 19 de la Declaració Universal de Drets Humans”*.

En relación con este hecho y este acto, el suplico de dicho escrito de demanda concluye con el pedimiento de que *“(se) reponga la fachada al estado original, sin pancartas”*.

Resulta sin embargo:

a) Que tal como ha puesto de manifiesto esta Sala y Sección, entre otras, en Sentencias de 7 de mayo de 2019, rec. 505/2017, FJ 2º, 12 de julio de 2019, rec. 195/2016, FJ 2º, y 30 de septiembre de 2020, rec. 385/2018, FJ 3º, *“sabido es que el escrito de interposición del recurso contencioso delimita el objeto del proceso (por todas, STS, Sala 3ª, de 27 de febrero de 2006, rec. 2021/2002, FJ 2º; y 4 de mayo de 2015, rec. 1919/2013, FJ 14º)”*.

Siendo así que, en este caso, la parte actora no solicitó, ni se ha acordado por ende, con arreglo al art. 36.1 a 3 LJCA, la ampliación del objeto del proceso al segundo hecho y acto de referencia.

b) Que la nueva pancarta, "*Llibertat d'opinió i d'expressió, article 19 de la Declaració Universal de Drets Humans*", fue considerada inócua por la Presidencia de la Junta Electoral Central (pag. web de la misma, expte. 293/840), en respuesta a la "*Consulta si la nueva pancarta aparecida en el balcón del Palau de la Generalitat...vulnera el Acuerdo de la Junta Electoral Central del pasado 21 de marzo de 2019*", por cuanto "*no incumple*" dicho Acuerdo, debiendo entenderse que en cuanto su texto no se puede relacionar directamente con ninguna de las opciones partidistas en presencia.

OCTAVO - No procede pronunciamiento sobre condena en costas, en razón de la estimación parcial del presente recurso contencioso, con arreglo al art. 139.1 LJCA.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación actora, contra la actuación del MH President de la Generalitat de Catalunya, constitutiva de vía de hecho, consistente en la colocación en la fachada del Palau de la Generalitat que da a la Plaza de Sant Jaume de Barcelona, a partir del 27 de mayo de 2019, de una pancarta que reclamaba la "*llibertat presos polítics y exiliats*", en catalán y en inglés, con un lazo amarillo que acompañaba la citada leyenda, declarando la disconformidad a derecho de dicha actuación, y confirmando la retirada de la pancarta y símbolo anexo, acordada como medida cautelar en este proceso.

2º.- DESESTIMAR el recurso contencioso, en lo demás solicitado por la parte actora.

3º.- NO HACER pronunciamiento sobre las costas devengadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra esta Sentencia cabe, en su caso, recurso de casación, que se deberá preparar ante esta Sección en el plazo de 30 días desde su notificación, con arreglo al art. 89.1 LJCA en la redacción conferida por la L.O. 7/2015, en relación con lo previsto en el art. 86 y siguientes LJCA.

Así por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO particular que formula el magistrado D. Eduardo Paricio Rallo en relación con la sentencia dictada por la sección quinta de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en el recurso nº 190/2019.

I.- La mayoría de la sección ha decidido estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Asociación "IMPULSO CIUDADANO". El recurso se dirigió contra la actuación del Gobierno de la Generalitat de Catalunya consistente en la colocación de una pancarta en la fachada del Palau de la Generalitat con una leyenda referida a la "libertad de los presos políticos y exiliados", en catalán y en inglés, incluyendo un lazo amarillo. Una actuación que la asociación recurrente califica como vía de hecho.

II.- En cuanto al fondo, la sentencia argumenta que, independientemente de la posibilidad de que el Muy Honorable President de la Generalitat de Catalunya ejercite su libertad de expresión en los foros que correspondan o mediante declaraciones en los medios de comunicación, no es admisible la utilización partidaria de la institución a estos efectos. En este sentido invoca el principio de neutralidad de las instituciones con arreglo a los artículos 103 y 9 de la Constitución y se apoya en diversas sentencias que han aplicado dicho principio con ocasión de actuaciones que considera similares.

En este sentido la mayoría se hace eco de la sentencia núm. 5/21 del Tribunal Constitucional, sentencia en la que señala que las instituciones no son titulares de derechos fundamentales y que, en todo caso, dicha libertad de expresión encuentra límites en el respeto y el contenido garantizado de otros derechos fundamentales.

Por último, la sentencia se refiere a una valoración conjunta de los artículos 1,1, 9.1, 9.3, 16.1 20.1, 103.1 y 106.1 de la Constitución para estimar el recurso i declarar la inadmisibilidad jurídica de la pancarta que fue objeto de impugnación.

III.- Con pleno respeto a la decisión de la mayoría, discrepo de la sentencia dictada en este recurso por las siguientes razones:

1.- En primer lugar, creo indicado partir de algunas precisiones que son necesarias para encuadrar la situación desde un punto de vista jurídico:

- Lo que se impugna es la colocación de una pancarta en la fachada de la institución. Se trata de la sede de la Presidencia de la Generalitat de Cataluña, de forma hay que atribuir la iniciativa al Presidente que, de esta forma, expresa un postulado o

una opinión de su interés en el exterior de su sede.

Por consiguiente, entiendo acertado no plantear la actuación impugnada desde la perspectiva de la libertad de expresión de la institución en abstracto; institución que, en efecto, no goza de tal derecho fundamental.

Lo que entra en juego en este caso es la libertad de expresión del President, a mi entender más exactamente el derecho fundamental del mismo al ejercicio del cargo público que ostenta, como se argumentará más adelante.

- En segundo lugar, creo necesario contextualizar la iniciativa que ha sido objeto de recurso. En este sentido cabe señalar que la colocación de símbolos o pancartas en los edificios institucionales no es un fenómeno aislado. Se trata de una práctica relativamente frecuente, especialmente en el caso de los Ayuntamientos, tradicionalmente más activos en este ámbito.

La casuística es muy heterogénea en cuanto a los símbolos o mensajes, desde los que expresan un homenaje o reconocimiento, como la bandera del club deportivo que ha ganado un trofeo; los símbolos de apoyo o complicidad, como el lazo rosa de solidaridad con los afectados por el cáncer de mama, o la bandera LGTBI; los que expresan rechazo, por ejemplo contra la violencia machista o contra la guerra de Irak; u oposición a alguna infraestructura o iniciativa que se considera perjudicial para la colectividad afectada; o también la exteriorización de símbolos religiosos en edificios públicos con ocasión de determinadas festividades.

También son muy heterogéneos los lugares de expresión: desde la fachada de la institución, hasta las sedes secundarias; o en los despachos interiores; en la indumentaria o en las solapas de los cargos públicos en actos de representación institucional; o en la web de la institución.

Tal heterogeneidad pone de manifiesto la necesidad de afinar o precisar bien el motivo o la fundamentación de rechazo jurídico para delimitar que es lo admisible y lo que no. En este sentido creo que la utilización sin más de un principio general como el de neutralidad institucional se proyecta en la descalificación de buena parte de las manifestaciones que hasta ahora han sido habituales y normalmente admitidas por la comunidad.

2.- Como se ha indicado, la sentencia de la mayoría pivota sobre el principio de neutralidad.

El argumento está anclado en diversas sentencias cuya doctrina se trae al presente caso.

Cabe señalar en primer lugar que la Constitución española no se refiere propiamente al principio de neutralidad como tal. Lo más próximo es el principio de objetividad que el artículo 103 impone a la Administración pública.

Sin embargo, una cosa es el Gobierno y otra la Administración. El Título IV de la Constitución se refiere a ambas vertientes del poder ejecutivo, pero sin confundirlas. Los artículos 97 a 102 quedan dedicados al Gobierno, mientras que el artículo 103 se refiere específicamente a la Administración.

La exigencia de objetividad es plena en el caso de la Administración, como es lógico, y así lo dispone el artículo 103. Pero en el caso del Gobierno no se puede olvidar que se trata de una institución que responde a un programa político, que es un programa naturalmente subjetivo y partidista, que resulta avalado por los ciudadanos y que se expresa en una acción política también partidista. Se trata de una subjetividad inherente al mismo sistema democrático. En este contexto, por poner un ejemplo, no se puede exigir al Gobierno un planeamiento territorial no partidista o un proyecto de Ley de presupuestos imparcial respecto las opciones políticas que orientan el gasto en una u otra dirección.

Esta es una diferencia de raíz respecto la configuración de la Administración pública, diferencia que debe llevar necesariamente a relativizar el principio de neutralidad cuando no estamos ante una actuación administrativa sino ante la actuación de un cago gubernamental.

Por otro lado, que el principio de neutralidad no es absoluto es una proposición ya aceptada por el Tribunal Constitucional en ámbitos en que el imperativo de neutralidad encuentra un aval constitucional, como sucede a propósito de la aconfesionalidad del Estado y las instituciones públicas. Un ámbito en el que se ha admitido un margen para mantener símbolos externos o expresiones de apoyo o identificación con una concreta confesión religiosa; por ejemplo, por razones histórico-culturales (v. gr. STC 34/11).

3.- Como se ha adelantado, la sentencia de la mayoría invoca determinados precedentes jurisprudenciales para fundamentar la aplicación del principio de neutralidad a este caso.

Sin embargo, se trata de sentencias que quedan referidas a situaciones significativamente diferentes a la que se aborda en este recurso. Esto es, a situaciones en las que el principio de neutralidad tiene una especial justificación, y así ha quedado reconocido por una Ley. Un dato este último que considero ciertamente relevante.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2021 -recurso nº 346/19-, como también las del mismo Tribunal de 11 de marzo de 2021 -recurso nº 347/19- y de 5 de abril de 2021 -recurso nº 20/20-, se refiere a la neutralidad institucional en procesos electorales. Un principio que encuentra un apoyo legal explícito en el artículo 50 de la ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General.

También la sentencia del mismo Tribunal Constitucional nº 5/21 que cita la sentencia de la mayoría queda referida a la neutralidad de los órganos institucionales en el marco de un proceso electoral.

Por su parte, las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en fechas 28 de abril de 2016 -recurso nº 827/15- y 26 de mayo de 2020 -recurso nº 1327/18- se refieren a la colocación de banderas en lugares públicos, como sucede también en el caso de la sentencia dictada por esta misma Sala y sección en fecha 26 de abril de 2016 -recurso 827/216.

No cabe duda que la bandera tiene atribuido un significado simbólico relativo a la

identidad de la comunidad y, en este sentido, su uso en las instituciones públicas ha sido abordado en la Ley 39/1981, por la que se regula el uso de la Bandera de España y el de otras banderas y enseñas.

Por otro lado, cabe entender que en el caso de las banderas más que el principio de neutralidad lo que está en juego es el respeto de la identidad colectiva a la que se deben las instituciones públicas.

No estamos en este caso ni en el marco de un proceso electoral -al menos no cuando se interpuso este recurso-, ni tampoco estamos ante la colocación de una bandera diferente a las que legalmente corresponden y que pueda simbolizar una identidad colectiva alternativa u opuesta a éstas.

Cabe insistir que las sentencias citadas por la mayoría se mueven en terrenos abordados por la ley ordinaria, una norma que pauta el control jurisdiccional. Sin embargo, en el caso al que se refiere este recurso la sentencia generaliza el principio de neutralidad en abstracto, más allá del periodo electoral y más allá del caso de las banderas, a cualquier situación, sin un aval legal preciso, proyectando una jurisprudencia acuñada en situaciones muy específicas.

4.- Como se ha apuntado, entiendo que entra en juego en este caso el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos del artículo 23 de la Constitución. Concretamente en la faceta del derecho a ejercer el cargo público.

La jurisprudencia ha puesto de relieve que el derecho a ejercer el cargo público no solo es predicable del ciudadano que lo ocupa; esto es, el derecho del mismo a mantenerse y ejercer el cargo con las facultades inherentes, sino que en éste se proyecta a su vez el derecho de los electores a expresarse mediante el representante elegido –STC 39/08-.

Ciertamente no toda limitación de las facultades del cargo público afecta el contenido esencial de dicho derecho. Estamos ante un derecho que responde en buena medida a una configuración legal. Pero cabe entender que sí forma parte de dicho contenido esencial el derecho a expresar el posicionamiento propio del representante político y el de sus representados, y a hacerlo desde el cargo público que ostente, en este caso en tanto que President de la Generalitat.

Otra solución supondría relegar el ejercicio del cargo a una posición institucional neutra, políticamente aséptica, circunscrita a representar a la institución. Un perfil éste que quizás sería más próximo a una configuración institucional no presidencialista del cargo, que no es el caso.

Entiendo pues que no se le puede impedir que el cargo público exprese sus creencias o anhelos, o su posición sobre aspectos que entienda trascendentes; expresión que no puede quedar limitada a su esfera privada, desvinculada del cargo público institucional que ocupa.

En definitiva, el perfil ideológico por el que ciudadano ha sido elegido como cargo público ha de poder expresarse en el ejercicio de tal cargo público.

5.- Llegados a este punto, entiendo que hay un aspecto relevante que debe ser

objeto de valoración en conflictos como el presente.

Se trata de determinar si el símbolo o expresión que es objeto de publicidad resulta ilegal o inconstitucional desde un punto de vista substantivo; un dato que es trascendente de acuerdo con la jurisprudencia -Tribunal Supremo, sentencia de 1 de julio de 2019, recurso nº 448/19-.

Esto es, que resulta relevante al caso determinar si el símbolo o mensaje expuesto es intrínsecamente ilegal.

Pues bien, en esta perspectiva el mensaje que es objeto de recurso no puede ser calificado a mi juicio como ilegal, y no lo es en tanto que se limita a expresar un deseo relativo a la libertad de determinados cargos políticos que se encontraban cumpliendo penas prisión.

Tampoco entiendo que en este caso entre en juego el principio de lealtad institucional, principio que ha sido tomado en consideración en otras ocasiones por el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la reciente sentencia nº 71/2021.

En primer lugar, del tenor literal de la leyenda y el símbolo impugnados no se desprende propiamente una crítica a otros poderes o instituciones sino un mero deseo futuro. En segundo lugar, la crítica es inicialmente admisible en un sistema democrático, incluso por parte de responsables de instituciones públicas como sería el caso. En este sentido la sentencia citada entiende ilegal la moción del Parlament de Catalunya pero porque en ese caso concurría un valor esencial de protección constitucional que se proyecta en la inviolabilidad del Rey y la falta de responsabilidad política que es inherente a la institución.

En definitiva, creo relevante al caso que el mensaje y el símbolo que recoge la pancarta impugnada no puede ser considerado como intrínsecamente ilegal.

IV.- En conclusión, considero que estamos esencialmente ante la colisión del principio de neutralidad institucional, por un lado y, por otro lado, el derecho al ejercicio del cargo público, que implica el derecho del mismo a ejercer su libertad de expresión como tal cargo público en la institución en la que desarrolla dicha responsabilidad.

Un principio de neutralidad institucional que no ha sido objeto del desarrollo jurídico-constitucional que requiere, ni por la doctrina, ni por la legislación. Entiendo que, en un contexto de tan baja densidad jurídica, no se puede imponer un principio ciertamente impreciso y genérico como el de neutralidad a un derecho fundamental que, como tal, recibe una protección jurídica reforzada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la misma Constitución española.

Ello no quiere decir a mi juicio que el principio de neutralidad no pueda tener relevancia más allá de los ámbitos en los que disponga de un amparo legal específico, como ocurre en el caso del régimen electoral. Entiendo que el principio de neutralidad, puede tener juego en dos tipos de situaciones:

- Cuando se trate de símbolos que identifiquen la institución con un postulado inconstitucional o ilegal, aunque sea un postulado admisible desde una perspectiva

ideológica subjetiva.

- En los supuestos en los que el símbolo puede ser socialmente percibido como una desnaturalización de la identidad de la institución. Este puede ser el caso de determinadas banderas que, en tanto que símbolos genuinamente identitarios, desbordan cualitativamente la mera expresión de un posicionamiento político del cargo electo.

Entiendo que en este caso la pancarta impugnada no responde a ninguna de las dos situaciones, de forma que considero que el recurso no debía haber sido estimado.

La sentencia de la mayoría aboga por una solución de austeridad o asepsia institucional. Una preferencia que personalmente comparto, pero entiendo que se trata de una cuestión de *lege ferenda*. Esta es una materia que conlleva una opción política, una opción que responde a una cultura política cuya regulación corresponde a la legislación, no propiamente a la jurisprudencia.

Entre tanto entiendo que, en atención a la relativamente larga tradición de expresión institucional de todo tipo de postulados, debe admitirse tal posibilidad como facultad esencial que forma parte del *ius in officium*, del derecho fundamental al ejercicio del cargo público de los responsables institucionales reconocido en el artículo 23 de la Constitución.

Un derecho que entiendo que incluye la capacidad para proyectar en la institución un perfil coherente con la sensibilidad política y los posicionamientos que han resultado avalados por el cuerpo electoral, o que se entiende que representan a la colectividad.

Tales son los motivos que me han llevado a discrepar de la sentencia dictada en este recurso.

Barcelona, a 28 de abril de dos mil veintiuno.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.