



**ANÁLISIS DEL DELITO DE ULTRAJE
A LOS SÍMBOLOS NACIONALES
(ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PENAL)**

*Analysis of the crime of outrage against national symbols
(article 416 of the Criminal Code)*

Luis Arturo Palmieri Núñez

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales,

Abogado y Notario, cum laude, de la Universidad Francisco Marroquín.

Abogado litigante. Profesor auxiliar de Derecho Procesal Constitucional
de la Universidad Francisco Marroquín.

luispalmieri@ufm.edu

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v16i01.13>

Fecha de recepción: 30/09/2019
Fecha de aceptación: 20/02/2020

SUMARIO

Introducción

1. El bien jurídico tutelado del delito de ultraje a los símbolos nacionales
2. La relación entre el delito de ultraje a los símbolos nacionales y el derecho a la libertad de expresión
3. Test de proporcionalidad como método para examinar la constitucionalidad de una norma penal

Conclusiones

Resumen

La presente obra pretende demostrar que el delito de ultraje a los símbolos nacionales, tipificado en el artículo 416 del Código Penal, constituye un límite al derecho de libertad de expresión que no logra satisfacer el test de proporcionalidad adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia. Como primer punto se esbozan algunas consideraciones respecto del delito, tales como el bien jurídico tutelado y la contextualización histórica del mismo. Seguidamente, se argumenta por qué el referido delito se relaciona directamente con el derecho a la libertad de expresión. Por último, se utiliza el test de proporcionalidad, que es una herramienta en donde se encuentran los límites a que está sujeta cualquier tipo de restricción a los derechos fundamentales, para demostrar que el referido delito constituye una limitación excesiva y desproporcionada al derecho a la libertad de expresión.

Palabras clave: derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, libertad de expresión, símbolos nacionales, símbolos patrios, test de proporcionalidad, derecho penal.

Abstract

The article intends to demonstrate that the crime of outrage against national symbols, included in article 416 of the Guatemalan Criminal Code, constitutes a limitation to the right of freedom of expression and does not satisfy the proportionality test adopted by the Inter-American Court of Human Rights in its jurisprudence. The article outlines some considerations regarding the crime, such as the legal good protected by it and its historical contextualization. Prior to performing the test of proportionality, it is necessary to show the relation of the crime with the right of freedom of expression. Finally, the proportionality test is performed to evidence that the crime of outrage against national symbols constitutes an excessive and disproportionate limitation to the right of freedom of expression.

Keywords: Constitutional Law, Constitutional Procedural Law, freedom of expression, national symbols, patriotic symbols, proportionality test, Criminal Law.

INTRODUCCIÓN

El debate sobre la constitucionalidad de delitos que sancionan conductas expresivas realizadas por medio de los símbolos patrios tiene una altísima importancia en una sociedad democrática, pues permite entrever la extensión y los límites del derecho a la libertad de expresión. Este debate, si bien es cierto nunca se ha dado en Guatemala, sí ha sido objeto de estudio en otras latitudes como Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Colombia.

El presente estudio tiene como objeto introducir el debate en Guatemala, y a la vez, demostrar que el delito de ultraje a los símbolos nacionales, contenido en el artículo 416 del Código Penal, contiene una restricción al derecho de libertad de expresión y no satisface el test de proporcionalidad creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para analizar si es legítima o no una restricción a un derecho fundamental.

La represión penal disfrazada de nacionalismo y protección a los símbolos nacionales es una práctica antidemocrática. Los tipos penales que sancionan el ultraje o menosprecio a los símbolos nacionales son resabios que los ordenamientos jurídicos arrastran —o al menos ese es el caso del orden jurídico guatemalteco— de épocas de autoritarismo, represión e intolerancia.

En el caso de Guatemala, el tipo penal se creó en una época donde existía una protección constitucional a dichos símbolos (en el artículo 66 de la Constitución de la República de Guatemala de 1965). Dicha protección era consecuente con la manifiesta intención del legislador constituyente de aquella época, cual era profundizar la tendencia anticomunista que nació desde que Carlos Castillo Armas comandó la rebelión contra el gobierno constitucional de Jacobo Árbenz Guzmán. En aquella época era inminente un conflicto armado interno y la alusión a los símbolos nacionales era una de las formas en que el gobierno de facto de esa época intentó impulsar una unidad nacional basada principalmente en una ideología anticomunista.

Resulta contrario a un régimen democrático y republicano de gobierno, el pretender, por medio de la amenaza penal, infundir amor y respeto a la patria.

No se puede obligar a los habitantes de un país a expresar simpatía y respeto a su patria, cuando esa misma patria, *so pena* de sanción penal, los constriñe a rendirle honores.

Especialmente relevante para la elaboración de este análisis resultan tres casos de suyo interesantes. En Estados Unidos de América (Texas v. Johnson, 1989); en México (Amparo en Revisión, 2005); y en Colombia (Inconstitucionalidad del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, 2009). Los análisis contenidos en las decisiones de la mayoría y en los votos razonados de dichos casos, son útiles para discutir las facultades que tiene el legislador de un Estado democrático para condicionar el libre ejercicio de la libertad de expresión mediante normas de naturaleza penal.

Cuestionar la constitucionalidad de estos tipos penales no pretende restarle importancia a la promoción de los valores cívicos y culturales de los ciudadanos. Únicamente pretende poner en tela de juicio el uso del derecho penal (instrumento que el Estado debería utilizar solo como *última ratio*) tanto para educar y fomentar los valores cívicos y culturales, como para limitar el derecho a la libertad de expresión.

1. El bien jurídico tutelado del delito de ultraje a los símbolos nacionales

La disposición normativa que se analiza está contenida dentro del Título XIII y Capítulo I del Código Penal, referido a los delitos contra la administración pública cometidos por particulares. (Velasco & Vela, 2011) afirman:

... el bien jurídico tutelado... es la administración pública... [Tanto] el funcionamiento regular como el prestigio de las instituciones públicas. Conforme con este criterio en los Delitos contra la Administración cometidos por particulares, se protege el interés de su desenvolvimiento ordenado, decoroso y eficaz, frente a ataques procedentes de extraños. (p. 619-622)

No debe escapar del análisis el Título XIII y Capítulo I del Código Penal, en donde también estaban incluidos los delitos relacionados con el desacato,

de los cuales la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucionales los artículos 411, 412 y 413 (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2006). La sentencia anterior hizo énfasis en que, desde 1995, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había enfatizado las normas de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al no ser acordes al criterio de necesidad y que los fines que persiguen no son legítimos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2010) dijo que:

La Declaración Conjunta de 2008 recuerda que los estándares internacionales que permiten el establecimiento de límites a la libre expresión se refieren a la protección de la reputación de las personas individuales y no de las creencias o instituciones que, en sí mismas, no gozan del derecho a la reputación. Por esta razón, las restricciones de la libertad de expresión no deben usarse para proteger instituciones particulares ni nociones, conceptos o creencias abstractas como los símbolos patrios o las ideas culturales o religiosas (...). (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010)

Los párrafos anteriores instan a cuestionar la validez de erigir la protección de la administración pública, su debido funcionamiento y/o su reputación, como una necesidad que justifica la limitación a la libertad de expresión por medio de amenaza de sanción penal.

También es posible que la norma tenga otros bienes jurídicos tutelados. Pudiera ser que la norma intente proteger la preservación del valor simbólico que tienen los símbolos nacionales, fomentar la unidad nacional o simplemente prevenir la perturbación de la paz (en caso de que alguna persona que presencie un ultraje a un símbolo se sienta ofendida).

Normas como el Acuerdo Gubernativo número 463-94 dado por el Presidente de la República, o el Decreto 43-97 del Congreso de la República (que regulan todo lo relativo al uso del Himno Nacional en todos los actos

solemnes y protocolarios), permiten observar en sus considerandos que el bien jurídico tutelado de este delito podría ser, entre otras cuestiones, “la dignificación y respeto de los símbolos patrios para fomentar los valores cívicos y culturales de los ciudadanos”; “infundir el amor y respeto a nuestra Patria y valores nacionales”; “representar los anhelos de nuestra nacionalidad”; y/o “expresar simpatía y respeto a nuestra Patria, el reconocimiento de heroísmo de nuestros antepasados y el significado moral que tienen nuestros Símbolos Patrios”.

2. La relación entre el delito de ultraje a los símbolos nacionales y el derecho a la libertad de expresión

Para analizar si el artículo 416 del Código Penal satisface el test de proporcionalidad, primero es necesario demostrar por qué el ultraje, menosprecio o vilipendio —realizado públicamente— de los símbolos nacionales, se relaciona con el derecho a la libertad de expresión. Una vez establecida la relación entre ambas cuestiones, entonces se puede demostrar que la limitación a la libertad de expresión que contiene el tipo penal es desproporcional.

La relación entre el delito de ultraje a los símbolos nacionales y el derecho a la libertad de expresión ha sido explicada por la Corte Constitucional de Colombia en la siguiente manera:

... es previsible que la sanción al ultraje de los símbolos patrios pueda considerarse en ciertos casos como un límite al ejercicio de dicha libertad [de expresión], por cuanto la agresión a un símbolo patrio participa del contenido simbólico del bien afrentado y es posible, en ese escenario, suponer innumerables hipótesis en que una agresión de esta naturaleza es manifestación de una intención comunicativa legítima, que encuadra en el ámbito de protección del derecho a la libre expresión. No es difícil imaginar múltiples circunstancias en que los símbolos patrios sirven de instrumento de protesta social, cuando no se los usa como medio comunicativo para manifestar posiciones personales sobre temas que atañen a la vida en comunidad. (Inconstitucionalidad del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, 2009)

En esa misma sentencia, la Corte indicó que la agresión a un símbolo patrio participa del contenido simbólico del bien afrentado y es posible, en ese escenario, suponer innumerables hipótesis en que una agresión de esa naturaleza es una manifestación de una intención comunicativa legítima, que encuadra dentro del ámbito de protección del derecho a la libre expresión.

Algunas de las hipótesis que señaló fueron: la agresión a la bandera por parte de un individuo puede constituir el recurso simbólico mediante el cual aquél manifiesta su inconformidad con un gobierno determinado; detrás de la agresión al escudo o al himno, un individuo puede manifestar su inconformidad con una política pública discriminatoria o excluyente; detrás de la destrucción de un ejemplar de la bandera o la modificación del himno nacional se esconde una voz de protesta, de descontento, de desconfianza, frustración o ira. Incluso —dice la Corte— una intención artística puede representarse mediante la destrucción de la bandera, la transformación del himno, etc.

La explicación de la relación que existe entre la norma impugnada y el derecho a la libertad de expresión también puede darse en doble vía: i) porque suprime la manifestación de ideas u opiniones que se relacionen con los símbolos nacionales; y ii) porque impone, asigna y estatuye arbitrariamente lo que las personas *deben pensar* acerca de dichos símbolos.

2.1 Acerca de la supresión de la manifestación de ideas u opiniones.

La libertad de expresión se puede ejercitar no solo por métodos orales y escritos, sino que también a través de otras formas o conductas. Al respecto, el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es meridianamente claro: “*Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir* informaciones e *ideas de toda índole*, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o *en forma impresa o artística*, o por cualquier otro *procedimiento de su elección*” (el resaltado es propio).

El derecho a la libertad de expresión protege todo tipo de conductas que tengan como finalidad comunicar un mensaje, una idea o una opinión. El Diccionario de la Lengua Española contempla diversas definiciones para el verbo *comunica*, entre ellas: “(...) 2. Descubrir, manifestar o hacer saber a

alguien algo. 4. Transmitir señales mediante un código común al emisor y al receptor” (...). Para comunicarse pueden utilizarse métodos orales y escritos, pero también otro sinfín de métodos, todos los cuales gozan protección bajo la sombra del derecho a la libertad de expresión.

Una conducta posee suficientes elementos comunicativos (como para que entre en juego la protección de la libertad de expresión) cuando se tiene la intención de dar un mensaje y, a su vez, dicho mensaje es probable que sea entendido por aquellos que lo recibieron.

Las personas pueden comunicarse a través de signos o a través de la utilización o referencia a ciertos símbolos. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, un símbolo es un “1. Elemento u objeto material que, por convención o asociación, se considera representativo de una entidad, de una idea, de una cierta condición. 2. Forma expresiva que introduce en las artes figuraciones representativas, valores y conceptos (...)”. Así, a través tanto de signos como de símbolos, se transmiten mensajes e información. Consecuentemente, al vetar y prohibir cierto uso de expresiones asociados a los símbolos nacionales, se está estableciendo una limitación a una forma de comunicación y, por ende, a una forma de expresión.

Los actos de comunicación, en sus distintas manifestaciones posibles, y que eventualmente pueda considerarse que constituyen “ultraje, menosprecio o vilipendio” a los símbolos nacionales son, sin duda alguna, actos de comunicación que se relacionan con el derecho a la libertad de expresión.

Por lo anteriormente considerado, es válido concluir que, al prohibir determinados actos de comunicación relacionados con los símbolos nacionales, se está limitando indirectamente el derecho de libertad de expresión.

2.2 La imposición y asignación arbitraria a las personas respecto de lo que deben pensar acerca de los símbolos nacionales.

La otra forma en que puede determinarse que el artículo 416 del Código Penal guarda relación con el derecho a la libertad de expresión se explica de la siguiente manera. Teniendo claro que los símbolos nacionales tienen un

rol simbólico y que —por ministerio de leyes y reglamentos— representan significados específicos (por ejemplo, el Reglamento Sobre Colores y Diseño de la Bandera y el Escudo Nacionales, que prescribe que la bandera es la insignia suprema de la Patria y que es el máximo emblema de la Patria), es posible afirmar que una de las finalidades de la norma es proteger aquellos mensajes o ideas que supuestamente **deben** transmitir los símbolos nacionales a las personas.

El tipo penal en cuestión criminaliza los actos de comunicación públicos que puedan vulnerar de cierta manera los símbolos nacionales, por cuanto que ello implica cambiar el mensaje o idea que esos símbolos están destinados a producir en la mente de las personas. O sea, la norma penaliza el disenso, el opinar diferente; penaliza la resistencia a subyugarse a un significado arbitrariamente impuesto por el Estado a los habitantes de la República de Guatemala.

Resulta imperioso recordar que, en un régimen democrático, no les corresponde a las autoridades gubernamentales determinar el sentido y la orientación de las expresiones de los ciudadanos. El ámbito de protección de la libertad de expresión, en cuanto al contenido de la expresión, debe siempre ser amplio.

El Estado, al establecer esta desproporcionada protección oficial respecto de determinados símbolos nacionales, está estableciendo —arbitrariamente— a las personas determinadas concepciones sobre lo correcto, lo educado, lo sagrado, lo bello. Prácticamente, el delito de ultraje a los símbolos nacionales pretende obligar a que se piense de cierta manera acerca de dichos símbolos y lo que estos representan; y cuando menos, está obligando a callar opiniones o ideas que se quieran asociar a los mismos y que alguien pueda considerar menospreciantes.

A la postre, al tratar de imponer un mensaje, una idea o un significado específico respecto de los símbolos, y al penalizar los actos de comunicación que puedan considerarse que “ultrajan, menosprecian o vilipendian” públicamente los símbolos nacionales, el artículo 416 del Código Penal entra necesariamente dentro del ámbito de la libertad de expresión.

Además de lo anterior, es importante recordar que varios estudiosos de las ciencias políticas y del derecho han reconocido la insoslayable relación que existe entre la libertad de expresión y los actos de comunicación relacionados con símbolos nacionales. Por ejemplo, Gelber (2012) afirma: “la bandera es un medio natural y contundente con el cual se pueden expresar los puntos de vista de una nación”. (Gelber, 2012)

La misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2010), ha evidenciado también la relación existente entre los símbolos patrios y la libertad de expresión, a saber:

La Declaración Conjunta de 2008 recuerda que los estándares internacionales que permiten el establecimiento de límites a la libre expresión se refieren a la protección de la reputación de las personas individuales y no de las creencias o instituciones que, en sí mismas, no gozan del derecho a la reputación. Por esta razón, **las restricciones de la libertad de expresión no deben usarse para proteger instituciones particulares ni nociones, conceptos o creencias abstractas como los símbolos patrios** o las ideas culturales o religiosas (...) (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010) (el resaltado es propio).

Habiendo dejado clara la relación que existe entre el delito de ultraje a los símbolos nacionales y el derecho a la libertad de expresión, no queda más que indicar que los actos de comunicación públicos a que se refiere la norma en cuestión entran dentro del umbral de protección y de garantías que ofrece —con motivo de la libertad de expresión— tanto la Constitución Política de la República de Guatemala como el ordenamiento jurídico internacional, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por todo lo anterior, resulta válido analizar la constitucionalidad del delito de ultraje a los símbolos nacionales a la luz del test de proporcionalidad creado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto de establecer si la restricción a la libertad de expresión deviene proporcional o no.

3. Test de proporcionalidad como método para examinar la constitucionalidad de una norma penal

A continuación, se demostrará que existe una desproporcional e inadecuada relación entre el fin que se pretende conseguir con la tipificación del delito de ultraje a los símbolos nacionales y el medio empleado para conseguir dicho fin.

En la Corte de Constitucionalidad se ha venido gestando una valiosa doctrina que encuentra en el principio de proporcionalidad la materialización de los límites a que está sujeta cualquier tipo de restricción a los derechos fundamentales. (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2013)

El cimiento constitucional del principio de proporcionalidad lo ha encontrado dicha Corte, de manera implícita, entre otros mandatos supremos, en la forma republicana, democrática y representativa de Gobierno (artículos 140, 141, 152 y 281 constitucionales), en la supremacía de las normas de la Constitución (artículos 44, 175 y 204), así como en los deberes primordiales impuestos al Estado, el que está obligado a garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona (artículo 2°).

Así también, el principio de proporcionalidad, como límite material ante cualquier afectación a derechos fundamentales, encuentra respaldo constitucional en los valores y derechos que el texto supremo consagra y garantiza; en efecto, el modelo de Estado que la Constitución guatemalteca aspira a realizar, congruente con los postulados del Estado constitucional y democrático de Derecho, exige que cualquier afectación a los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos se dirija a la consecución de un fin que responda a la realización, precisamente, del modelo de Estado pretendido, esto es, de un fin constitucionalmente legítimo, en tanto sólo de esta manera podría justificarse, desde los mandatos supremos, aquella afectación. (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2013).

El principio de proporcionalidad exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial es intangible. Este principio se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos. (Demanda de amparo, 1995)

Debe tomarse en cuenta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1994) ha explicado que: “las restricciones a la libertad de expresión deben incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática”. Y que: “las normas al amparo de las cuales se interpretan estas restricciones deben ser compatibles con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas conforme lo estipulan los artículos 29 y 32 de la Convención Americana”. Por último, ha agregado que:

... la interpretación de las restricciones a la libertad de expresión (artículo 13(2)) debe ‘juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas’, dado que la libertad de expresión es esencial para toda forma de gobierno democrática.

La jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha seguido y aplicado la Corte de Constitucionalidad por virtud del deber de ejercer el control de convencionalidad, ha adoptado un *test* tripartito que sirve para controlar la legitimidad de las limitaciones.

Este *test* consiste en tres condiciones que deben ser cumplidas en su totalidad para que la limitación a la libertad de expresión sea admisible, según los parámetros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El *test* consiste en determinar si la limitación se ajusta: i) al principio de legalidad; ii) al principio de legitimidad; y iii) al principio de necesidad y proporcionalidad.

En el presente caso se estima que el delito tipificado en el artículo 416 del Código Penal no logra satisfacer ninguna de las tres condiciones del *test*, como a continuación se demostrará.

3.1 El principio de legalidad.

Este principio propugna que toda limitación a la libertad de expresión debe estar prevista en forma previa, expresa, taxativa y clara en una ley, en el sentido formal y material. Esto quiere decir que la norma que limita la libertad debe estar contenida en una ley en sentido formal, pero que esa norma debe cumplir con características intrínsecas de toda ley, especialmente, que esté revertida de certeza jurídica.

Si bien es cierto que la restricción a la libertad de expresión contenida en el artículo 416 del Código Penal está contenida en una ley, lo cierto es que esta norma no es expresa, taxativa ni clara. Es decir, la limitación incumple con el principio de seguridad y el de certeza jurídica.

El principio de legalidad, conforme lo ha entendido la Corte de Constitucionalidad en su jurisprudencia:

... impone la obligación al legislador ordinario de definir en la forma más clara y precisa posible (*lex certa*) cuáles son esas ‘acciones u omisiones’ que son consideradas punibles mediante la determinación de tipos penales que contemplen una clara definición de la conducta incriminada, concretizar sus elementos y permitir así deslindar conductas punibles de aquellas que no lo son. Esto cobra aún mayor relevancia en regímenes democráticos en los que tanto el legislador como el juzgador deben, en extremo, ser prudentes para que en el establecimiento e imposición de sanciones penales, no menoscaben derechos fundamentales de las personas, por sancionar la realización de conductas que de acuerdo con el espíritu del ordenamiento constitucional no podrían ser punibles. (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2018)

Tanta importancia reviste el principio de legalidad que, a nivel de doctrina legal, la Corte de Constitucionalidad ha asentado que en el orden penal este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* como una lucha por el Derecho. El principio opera y se entiende como opuesto al *ius incertum* y, además de su valía en el ámbito del derecho penal, el mismo alcanzó jerarquía constitucional

(artículos 2 y 17 de la Constitución Política); de ahí que el constitucionalismo moderno lo incluya en el cuadro de los derechos humanos. (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2018) (Sentencia de Amparo en Única Instancia, 2013) (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2006) (Sentencia de Inconstitucionalidad General Parcial, 2002)

El principio de legalidad es el principal instrumento de salvaguarda de las libertades que se ven reflejadas en la regla que indica que solo podrá imputarse responsabilidad por los hechos descritos en la ley, y que, por lo tanto, quien actúa dentro de ese marco, tiene la tranquilidad de que no se le puede responsabilizar por hechos que no estén expresamente descritos en la norma. En otras palabras, este principio busca garantizar la seguridad jurídica (bien jurídico tutelado constitucionalmente en el artículo 2) y excluir la arbitrariedad (aspiración consagrada en nuestro Preámbulo constitucional donde dice que “gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego al derecho”, y también reconocida en los artículos 152 y 154 constitucionales).

No debe olvidarse que una de las funciones de la ley penal es la de servir de orientación al comportamiento de las personas en sociedad. Para ello es que se impone el deber al legislador de diseñar normas claras, precisas e inteligibles, que permitan a las personas —sin lugar a dudas— saber qué pueden y qué no pueden hacer legítimamente.

La tipicidad exige la descripción inequívoca del comportamiento, que se convierte en tipo, a través de la determinación de los sujetos, los verbos que describen la conducta reprochable, y en algunos casos, la inclusión de otros elementos descriptivos del comportamiento reprochable.

El artículo 416 del Código Penal tipifica como delito lo siguiente: “Quién, públicamente, ultraje, menosprecie o vilipendie bandera, emblema, escudo o himno nacionales”. Se estima que dicha norma vulnera los artículos 2 y 17 de la Constitución Política, que indican, en su orden: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República (...) la seguridad (...)”, y “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”, los cuales exigen que las normas

penales sean respetuosas del principio de seguridad jurídica y del principio de legalidad, y exigen que la redacción del tipo punible sea expresa, taxativa y clara.

Los términos en que está redactado este tipo penal, si bien es cierto son precisos en cuanto a los sujetos, el objeto, la pena y hasta en el elemento descriptivo del modo, también es cierto que no es claro con respecto a la conducta punible, específicamente por la utilización de verbos rectores que son vagos, imprecisos y carecen de contenido unívoco y uniforme. La vaguedad de los verbos rectores ocasiona que la decisión de sancionar a una persona o no por este delito, dependa totalmente de la voluntad del operador jurídico.

El tipo penal en cuestión tiene tres verbos rectores: “ultrajar”, “menospreciar” o “vilipendiar”. Dichas expresiones gramaticales no dan lugar a una interpretación unívoca, sino que, al contrario, su significado semántico da lugar a diversas interpretaciones; y al no estar acompañada la descripción de la conducta de otros elementos que ayuden a conducir la interpretación por vías objetivas, es válido considerar que dicha tipificación viola el principio de legalidad.

Merece especial mención el verbo “menospreciar”, palabra que lleva aparejada una gran carga subjetiva pues no permite una interpretación objetiva, sino que depende de perspectivas propias del sujeto que utiliza y/o entiende la palabra. Su sentido semántico puede entenderse mejor si se observa que dicho verbo está compuesto de dos palabras que admiten diversas valoraciones: menos y apreciar. Ambas son palabras que no se refieren a un objeto en sí mismo, sino que pertenecen al modo de pensar, valorar, estimar o de sentir de un sujeto respecto de algo o alguien.

El adverbio comparativo “menos”, según el Diccionario de la Lengua Española: “indica que el grado de la propiedad que expresan es bajo en comparación con otro explícito o sobrentendido”. El verbo transitivo “apreciar”, según el Diccionario de la Lengua Española, se refiere a “reconocer y estimar el mérito de alguien o de algo; sentir afecto o estima hacia alguien; percibir algo a través de los sentidos o de la mente”. Como puede verse, tanto la palabra “menos” como la palabra “apreciar” llevan cargas eminentemente subjetivas,

pues la primera implica que una cosa se compara con otra, y queda a discreción del sujeto determinar si el grado de la propiedad que expresan es bajo o no; mientras que la segunda implica que el sujeto, de acuerdo con su propia perspectiva, pensamientos y convicciones, valorará o percibirá algo o a alguien.

La combinación de esas dos palabras, cargadas cada una de elementos valorativos eminentemente subjetivos, concretizadas en el verbo rector “menospreciar”, da lugar a que el operador jurídico (sea fiscal o juzgador) establezca de manera arbitraria el sentido de dicho verbo, sin parámetro alguno que pueda encausar su análisis por vías objetivas. La utilización de esta palabra vaga e imprecisa no proporciona certeza alguna de que los límites se interpretarán de manera razonable y proporcionada. Dichos verbos —vagos e indeterminados— implican la indeterminación de las conductas punibles.

Por su parte, las palabras “ultrajar” y “vilipendiar” tampoco tienen un contenido unívoco y uniforme, sino diversos significados semánticos de la conducta, lo cual puede implicar que cualquier comportamiento que se relacione directa o indirectamente con los símbolos nacionales, sea considerado una conducta punible. El verbo “ultrajar” significa, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, ajar o injuriar, despreciar o tratar con desvío a alguien; y la palabra “vilipendio”, según ese mismo Diccionario, significa desprecio, falta de estima, denigración de alguien o algo.

La determinación de si algo es tratado con desprecio o con falta de estima es algo que determina cada persona de acuerdo con su propia perspectiva, costumbres, valores, pensamientos y convicciones. Sin parámetros o lineamientos objetivos que ayuden a la interpretación de estos dos verbos rectores del delito de ultraje a símbolos nacionales, dicha tipificación desconoce el principio de legalidad. El significado amplio y vago de dichas palabras dejan a total discreción del operador jurídico si una conducta encuadra o no dentro del tipo penal, no pudiendo la persona distinguir si una determinada acción relacionada con algún símbolo patrio podría eventualmente ser considerado como una conducta que evidencie desprecio, falta de estima o denigración.

Esta desmedida apertura en cuanto a las acciones reprochables es contraria al principio de legalidad, en su componente de ley cierta. Los referidos verbos tienen un contenido impreciso e indeterminado, y no existe una “interpretación usual” de su significado que ayude a delimitar parámetros para comprender la conducta punible. Sin lugar a duda, los verbos “ultrajar” y “vilipendiar” no son expresiones corrientes que sean accesibles a la comprensión de todas las personas, lo que ocasiona que estas no tengan conciencia acerca de los límites penales de su actuación relacionada con los símbolos patrios.

Podríamos estar ante conductas claramente inofensivas y sin ánimo de dolo, como por ejemplo el no saludar a la bandera, dejar una bandera al aire libre mientras llueve, o el no cantar el himno nacional. Por otro lado, podríamos tener conductas presuntamente ofensivas y dolosas, como quemar una bandera o quemar una hoja donde esté escrito el himno nacional. Todas estas conductas, tanto inofensivas como dolosas, pueden considerarse como hacer de menos el símbolo nacional y/o tenerle falta de estima, a pesar de que existe una gran diferencia de *animus* entre unas y otras; sin embargo, los verbos rectores del tipo penal no ayudan a hacer una distinción entre conductas que debieran ser penadas por ser dolosas y aquellas que no.

Los verbos rectores, al ser vagos y ambiguos, y al no estar acompañados de elementos adicionales (aparte de la circunstancia de modo de que el acto se realice “públicamente”) que garanticen la exclusión de la arbitrariedad (como podría serlo el requerir un resultado específico derivado de la acción), resultan violatorios del principio de legalidad y del principio de seguridad jurídica. Es decir, vulneran los artículos 2 y 17 de la de la Constitución Política.

Ante esta circunstancia, es importante ejemplificar las consecuencias a las que la oscuridad, imprecisión y vaguedad de los verbos rectores puede llevar. Si alguien usa la bandera de Guatemala como mantel ¿está menospreciando, denigrando o tratando con desvío un símbolo nacional? Si alguien tira a la basura una bandera de Guatemala porque ya está sucia y rota ¿está menospreciando, denigrando o tratando con desvío un símbolo nacional? Si alguien en un evento público omite cantar el himno nacional ¿está menospreciando, denigrando o tratando con desvío un símbolo nacional? Si alguien realiza una crítica contra

el país y en ella hace mención de los símbolos patrios ¿está menospreciando, denigrando o tratando con desvío los símbolos nacionales? Si alguien propone una modificación del himno o la bandera nacionales ¿está menospreciando, denigrando o tratando con desvío los símbolos nacionales? Si alguien quema una hoja de papel donde está escrito el Himno Nacional ¿está menospreciando, denigrando o tratando con desvío un símbolo nacional?

La falta de una respuesta concreta y unívoca a estas interrogantes ponen en evidencia, sin duda alguna, el hecho de que el tipo penal contenido en el artículo 416 del Código Penal, específicamente en cuanto a sus verbos rectores, es en demasía amplio, ambiguo, vago y oscuro, lo cual permite afirmar que el mismo no se ajusta ni al principio de legalidad en materia penal ni al principio de seguridad jurídica, resguardados por los artículos 17 y 2 constitucionales, respectivamente.

Por último, resulta conveniente traer a colación lo considerado por la Corte Constitucional de Colombia (2009) cuando declaró la inexequibilidad del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios. Respecto del argumento de que la expresión “ultraje” no se ajustaba al principio de legalidad, la Corte indicó que:

(...) la expresión “ultraje” incluye contenidos semánticos diversos. En el catálogo de sinónimos que puede asociarse a la expresión ultraje se incluyen acciones como dañar, estropear, deteriorar, deslucir, ofender, humillar, manosear, arrugar, marchitar, tratar mal, insultar, injuriar, insolentar, difamar, vejar, despreciar. Ciertos comportamientos vinculados con el verbo “ultrajar” suponen la agresión física, el deterioro material del bien objeto de ultraje. Otras acciones suponen la intención de humillar, de vilipendiar el bien ultrajado. En el espectro de acciones marcado por dichos límites, están comprendidas por una parte ciertas conductas ultrajantes que pueden constituir manifestación legítima del derecho a la libertad de expresión, y por otra parte la pluralidad de contenidos semánticos de la expresión puede dar lugar a juicios subjetivos por el juzgador al momento de apreciar una conducta. Piénsese, por ejemplo, en ciertas manifestaciones artísticas que involucren los símbolos patrios o en la utilización de los símbolos patrios en adornos personales

o prendas de vestimenta, si bien en ciertos casos este empleo puede ser considerado una exaltación de los símbolos patrios, en otros puede ser interpretado como una forma de mancillar los valores representados en los mismos. (Inconstitucionalidad del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, 2009)

Concluyó la Corte en dicha ocasión que la conducta tipificada (así, con el verbo “ultrajar”) distaba de cumplir con la exigencia de claridad y precisión exigida por el principio de legalidad en materia penal, y fue esa una razón adicional para declarar su inconstitucionalidad.

3.2 El principio de legitimidad.

Este principio refiere a que cualquier limitación a la libertad de expresión debe estar dirigida al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, orientados a la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salud pública o de la moral pública. A continuación, se demostrará cómo la limitación establecida por el artículo 416 del Código Penal al ejercicio del derecho de libertad de expresión, viola el artículo 13.2 de la Convención Americana pues dicha limitación no está orientada a proteger ninguno de los objetivos imperiosos autorizados por dicha Convención¹.

Antes de entrar a analizar cómo la norma incumple con cada uno de los objetivos imperiosos autorizados por el artículo 13.2 de la Convención, es conveniente recordar que la norma penal no exige, como cuestión principal o accesoria, que se cometa algún delito contra la seguridad colectiva, contra la seguridad del Estado, contra el orden institucional, etc. La norma simplemente penaliza las expresiones públicas basadas en el contenido de las ideas que pudieran considerarse negativas y que estuvieren asociadas a los símbolos nacionales.

¹ Para las explicaciones que se vierten a continuación se estima relevante analizar los muy convincentes argumentos dados por los Jueces José Ramón Cossío Díaz y Juan Silva Meza, magistrados de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, en el voto que formularon el 5 de octubre de 2005 dentro del caso identificado como “A.R. 2676/2003” (denominado comúnmente como el “caso de ultraje a la bandera”).

Las restricciones a la libertad de expresión que son autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención Americana son: i) los derechos de los demás; ii) la protección a la seguridad nacional o el orden público; iii) protección a la salud; iv) protección a la moral. Se demostrará, una por una, cómo el delito de ultraje a símbolos nacionales no está orientado a proteger alguna de estas finalidades.

Los derechos de los demás: El ejercicio del derecho de libertad de expresión que pueda incluir la utilización o alusión a los símbolos nacionales no puede considerarse un peligro para los derechos de las demás personas. Los derechos cuyo respeto puede justificar limitaciones a las garantías constitucionales tienen que ser derechos fundamentales de las personas, y no cualquier derecho o bien relacionado con lo que los particulares pueden hacer en ausencia de prohibiciones legales expresas. La Constitución guatemalteca no otorga, ni explícita ni implícitamente, tal cosa como “un derecho fundamental a los símbolos nacionales”. O sea, no hay nada que otorgue un derecho subjetivo a que los símbolos nacionales sean venerados. Mucho menos puede pensarse que la bandera, emblema, escudo o himno sean titulares de derechos fundamentales. En una democracia liberal solo las personas son titulares de derechos fundamentales.

Tampoco sería posible aducir que lo que se protege es algún derecho reconocido por el artículo 44 constitucional que establece “los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”. No puede considerarse un derecho inherente a la persona humana el que las demás personas adulen o respeten los símbolos nacionales, porque dicho respeto o adulación de los mismos no implican ni el reconocimiento de la dignidad del ser humano ni el desarrollo integral de la persona. Además, ningún instrumento internacional ha recogido el establecimiento explícito de un derecho de semejante naturaleza. Al contrario, diversos instrumentos internacionales han reconocido el derecho a la libertad de expresión, el derecho a disentir y el derecho a pensar libremente.

La conducta penada por el artículo 416 del Código Penal no entraña acciones que puedan provocar un peligro claro y presente² a las personas. El lenguaje a través de discursos simbólicos no genera un peligro claro y presente para las personas que puedan ver o presenciar un mensaje público que se considere menospreciante de algún símbolo nacional. Por lo tanto, la norma impugnada no puede considerarse que tiene como finalidad proteger los derechos de terceras personas.

Protección de la seguridad nacional o el orden público: La Corte de Constitucionalidad (2011) ha abordado y aclarado en varias ocasiones el concepto de “seguridad nacional”. En diversas sentencias ha interpretado el concepto de “seguridad nacional” como aquello que se refiere a la “sobrevivencia del Estado-nación frente a otros Estados-nación”, es decir, a aquellas cuestiones en las cuales está implicada la integridad del territorio nacional o la tranquilidad pública de la totalidad de los habitantes. (Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 2011) (Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 2011) (Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 2011) Una interpretación sistemática de la Constitución Política refuerza esta visión del concepto de “seguridad nacional”, pues los artículos 30, 138, 172 inciso b), 183 inciso b), 244, al utilizar expresiones como “seguridad nacional”, “seguridad del Estado”, “seguridad de la Nación”, “seguridad interior y exterior”, se refieren a situaciones —generalmente de aristas militares— que son de trascendencia fundamental para la integridad del territorio nacional y/o situaciones donde esté en riesgo la vida e integridad de la totalidad de los habitantes.

El orden público es un concepto amplio que es mencionado en varios artículos constitucionales como un límite de la actuación de las personas y/o como una aspiración del Estado (por ejemplo: artículos 33, 36, 37 y 183 inciso b). Sin embargo, la jurisprudencia constitucional guatemalteca aún no ha

² La doctrina del del daño claro y presente, adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Schenck, ha sido utilizada para determinar cuáles son las circunstancias extraordinarias que admitirían una restricción del derecho a la libertad de expresión. Se estima que dicha doctrina debería ser aplicable a esta parte del test, toda vez que sirve para determinar con parámetros objetivos la validez del tipo penal a la luz de la supuesta protección que este busca. Asimismo, se estima que otra doctrina que podría aplicarse es la adoptada en la sentencia Brandenburg vs. Ohio en la cual se adoptó como doctrina que admite una restricción a la libertad de expresión, la “acción ilegal inminente”.

ahondado en los alcances de dicho concepto. Por lo tanto, es necesario valerse de consideraciones legales y doctrinarias a efecto de darle contenido a este concepto y así se permita determinar si la norma impugnada es idónea para proteger o promover el orden público.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco el concepto de orden público va aparejado a nociones de seguridad (artículos 33 y 183 inciso b constitucionales, artículo 495 del Código Penal), de apego a las leyes (artículos 25, 1301 del Código Civil), de apego a las buenas costumbres y actividades que no sean repudiadas por la sociedad (artículos 36 y 37 constitucionales, 1301 y 1930 del Código Civil), y a la tranquilidad social (artículos 371, 391, y 415 del Código Penal).

Lo que todas estas nociones tienen en común es que están presididas por un mismo objetivo: crear condiciones elementales para el libre y pacífico ejercicio de los derechos fundamentales. Esto es, que lo que el ordenamiento jurídico guatemalteco pretende evitar son las alteraciones graves a la paz públicas que pudieran redundar en detrimento del interés de la colectividad. El orden público supone la ausencia de alteraciones o acciones violentas que pudieran poner en peligro el orden, la seguridad, la libertad o el ejercicio de los derechos de las personas.

Resulta sumamente difícil considerar que el delito tipificado en el artículo 416 del Código Penal sea un instrumento al servicio del mantenimiento del orden público; que sea un instrumento con el cual se pueda garantizar la seguridad, el apego a las leyes, el apego a las buenas costumbres, la tranquilidad social y la paz pública. Es difícil concebir que sin este delito los guatemaltecos estarían impedidos de ejercer libremente sus derechos; e igual de difícil sería estimar que la simple existencia del delito permita que los guatemaltecos ejerzan sus derechos fundamentales libre y pacíficamente. Al contrario, la existencia misma de este delito amenaza la seguridad nacional y el orden público, pues entraña una grosera violación del derecho humano a la libertad de expresión.

En palabras de Louis Brandeis, Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, ningún peligro que emane del lenguaje o de

la expresión puede considerarse claro y presente, o que pueda provocar acción ilegal inminente. Si hubiera tiempo de exponer mediante el debate la falsedad y las falacias, o de alejar el mal por los procesos de educación, el remedio que habría que aplicar a dicho mal sería más palabras y no un silencio obligado. (Whitney v. California, 1927)

Suponer que el delito de ultraje a los símbolos nacionales es un instrumento al servicio del mantenimiento del orden público equivale a presumir que ciertas modalidades de ejercicio del derecho a la libertad de expresión ocasionarían una alteración de la paz pública, presunción que —en palabras de José Ramón Cossío Díaz y Juan Silva Meza, ministros de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos— “resulta incompatible con una postura comprometida con la plena vigencia de los derechos fundamentales”. (Amparo en Revisión, 2005)

La mención del concepto orden público en el contexto de los derechos fundamentales tiene un referente esencialmente fáctico, es decir, que será a la luz de las circunstancias de cada caso en concreto que pueda definirse si algún acto o actividad altera o no el orden público. Por lo tanto, si el ejercicio de la libre expresión provoca o no una alteración al orden público es algo que solo puede precisarse *ex post* y a la luz de las pruebas sobre lo sucedido en un caso concreto. Por lo tanto, no es legítimo usar el Código Penal para realizar conclusiones apriorísticas relativas a si una conducta o expresión puede alterar el orden público. Tampoco es legítimo usar el *ius puniendi* del Estado para censurar conductas o expresiones que no se tiene plena certeza de que alterarán el orden público.

En virtud de lo anteriormente considerado, es menester concluir que la tipificación del artículo 416 del Código Penal no está correctamente orientada a la protección del orden público, pues la utilización del lenguaje simbólico no impide que las personas ejerzan sus derechos ni tampoco ocasiona alteraciones graves a la paz públicas. En todo caso, la determinación de si algún acto, actividad o expresión es susceptible de alterar el orden público dependerá de cada situación particular y sus elementos fácticos específicos. Regular un delito basándose en consideraciones apriorísticas y antidemocráticas, relativas a que

toda forma de expresión relacionada con los símbolos nacionales conlleva una alteración al orden público, redundando en fallar el test de proporcionalidad interamericano, específicamente en cuanto al requisito del principio de legitimidad.

Protección de la salud pública: No hace falta mayor explicación para afirmar que el artículo impugnado está lejos de pretender proteger la salud de los habitantes de la nación. La Corte de Constitucionalidad ha entendido el derecho a la salud como aquel que está relacionado principalmente con la atención médica, a las condiciones alimenticias, de vida y de vivienda. (Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 2017) (Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 2018)

Las referencias a los símbolos nacionales, por muy ultrajantes, denigrantes o menospreciantes que puedan considerarse, no pueden constituir nunca una amenaza para el bienestar físico o para los derechos a la atención médica, a condiciones adecuadas alimenticias o de vivienda de los habitantes. Al contrario, lo que garantizaría el bienestar mental de los individuos sería que estos pudieran actuar y pensar con plena libertad, sin mordazas de ninguna naturaleza. Por tanto, es válido concluir que la restricción a la libertad de expresión que impone el artículo 416 del Código Penal no está orientada al logro de la protección de la salud pública.

Protección de la moral pública: Tomando en cuenta que el término “moral” en este caso se erige como límite de un derecho fundamental, el mismo debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario, el término tendría el potencial alcance para desnaturalizar la libertad de expresión en lugar de solo limitarla. De poco serviría en la realidad la garantía de la libertad de expresión si los individuos solo la pudieran ejercer hasta el límite de no contrariar la moral pública imperante en una comunidad en la que viven, sería incompatible con la aspiración del pluralismo ideológico, político, religioso y filosófico al que aspiran las sociedades modernas.

La palabra “moral”, por ser un concepto indeterminado, tiene una dimensión valorativa muy grande y que, por ende, puede considerársele un concepto esencialmente controvertido. Lo que sí es importante establecer de

manera indubitada es que el término “moral pública” debe definirse de un modo estrictamente condicionado por la necesidad de fomentar el pleno ejercicio de las libertades individuales fundamentales y el desarrollo desinhibido de la vida democrática. Por ello, se ofrecerá una razonable definición de lo que es la moral pública y, con base en ella, se construirá el argumento de que la limitación a la libertad de expresión contenida en el artículo 416 del Código Penal no está orientada a salvaguardar la “moral pública”.

La dificultad para definir qué es moral y qué no lo es, se hace evidente cuando vemos la definición que da sobre el término el Diccionario de la Lengua Española: “perteneciente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual y, sobre todo, colectiva”. Sin embargo, es de gran utilidad para este caso el artículo 31 de la Ley de Emisión del Pensamiento, el cual da luz para definir mejor el concepto. Este indica que “faltan a la moral los impresos que ofenden la decencia o el pudor público”. Lo anterior permite concluir razonablemente que la “moral pública” se refiere al conjunto de convicciones básicas y fundamentales sobre lo bueno y lo malo, que prevalecen en un determinado núcleo social y que, de transgredirlas, generan ofensa a dicho núcleo.

Desde esta perspectiva, el delito de ultraje a símbolos nacionales no supera el *test* de legitimidad. Los símbolos patrios son objetos materiales a los que muchas personas atribuyen un significado simbólico —no siempre fácil de aprehender—relacionado con sus convicciones políticas y con aquellos elementos que estiman dotan a la sociedad de cohesión. Sin embargo, el legislador guatemalteco ha emitido una norma penal de indeterminado alcance que incide en y limita el significado de los símbolos patrios. Es decir, impone un modo específico de pensar acerca de dichos símbolos e impone abstenerse de pensar en ellos de ciertas maneras. Esto va mucho más allá de cualquier entendimiento razonable de lo que puede estimarse cubierto por la necesidad de preservar la moral pública. Este delito afecta directamente el núcleo protegido por la libertad de expresión, en el que se encuentra la libertad de expresar libremente las propias convicciones en cualquier materia, y de modo especial en materia política.

El artículo 416 del Código Penal impone a todos los habitantes de la República de Guatemala el deber de aceptar el significado simbólico de los símbolos patrios —arbitrariamente impuesto por el Estado—, coartando con ello la capacidad de los individuos de atribuir a dichos objetos un significado simbólico diferente. Dicho precepto legitima la imposición de una pena de prisión a todos aquellos que se atrevan a disputar o desconocer, de palabra o de obra, de manera pública, el significado simbólico que el legislador unilateralmente decidió otorgar a ciertos objetos. El efecto del artículo impugnado es obligar a los individuos a no comentar ni controvertir, en ningún caso, ciertas convicciones políticas a través de la referencia a los símbolos patrios.

En otras palabras, el tipo penal en cuestión no asegura la protección del núcleo de convicciones básicas y fundamentales que tiene la sociedad guatemalteca sobre lo bueno y lo malo; sino que, sin pretender proteger la moral pública, hace nugatorio el derecho a la libre expresión y la base del pluralismo político al que la Constitución aspira según los postulados del artículo 140 constitucional.

La Relatora Especial sobre los derechos culturales de la Organización de Naciones Unidas, Farida Shaheed (2013), señala en particular la recomendación de establecer una distinción clara entre: a) la expresión que constituye un delito; b) la expresión que no es punible como delito, pero puede justificar una demanda civil o sanciones administrativas; y c) la expresión que no da lugar a sanciones penales o civiles, pero aun así plantea problemas en cuanto a la tolerancia, la urbanidad y el respeto por los derechos de los demás. En otras palabras, lo que puede ser moralmente objetable (desde un punto de vista) no necesariamente es legalmente inadmisibles o condenable. Las sanciones penales deben ser únicamente medidas de último recurso, que se aplicarán en situaciones en que están estrictamente justificadas. (Shaheed, 2013)

Todo lo anterior permite válidamente concluir que la tipificación del delito descrito en el artículo 416 del Código Penal no puede considerarse que está dirigida a proteger la moral pública de una sociedad y, por lo tanto, la restricción a la libertad de expresión que impone dicho artículo no está justificada en el presente caso.

3.3 El principio de necesidad y proporcionalidad.

De acuerdo con este principio de necesidad y proporcionalidad, la limitación a la libertad de expresión —suponiendo que los requisitos anteriores fueron debidamente cumplidos— debe ser: a) necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; b) estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; y, c) idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr. El *test* de necesidad se aplica de forma estricta y exigente, requiriendo la demostración de que existe una necesidad imperiosa o absoluta de introducir limitaciones.

Vale la pena recordar las palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009) cuando mencionó que:

... las sanciones penales y su severidad nunca deberían ser utilizadas como un recurso para sofocar el debate público sobre cuestiones de interés general y para limitar la crítica a los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, al Estado o sus instituciones. (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009)

El derecho penal moderno se reviste del principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder punitivo del Estado tiene que ser el último recurso disuasivo para controlar y reprimir las conductas que afectan el bienestar social. Esto implica que el legislador no está obligado a criminalizar todas las conductas que se suponen dañosas para la sociedad y, en el mismo sentido, tampoco tiene permitido criminalizar conductas que no ofrecen un verdadero riesgo social.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias sentencias ha recalcado que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita (Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004), (Caso Kimel vs. Argentina, 2008), y (Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 2005). En ese sentido, ha afirmado que el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como última *ratio*. Y de manera por demás clara, ha dicho:

... en una sociedad democrática el poder punitivo solo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo anterior conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009)

Para analizar si el tipo penal del ultraje a los símbolos nacionales cumple con los cánones del principio de necesidad y proporcionalidad, es necesario analizar las alternativas existentes para alcanzar el fin —supuestamente— perseguido legítimamente.

La necesidad de utilizar la vía penal para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se debe analizar con especial cautela y dependerá de las particularidades de cada caso. Para ello, se deberá considerar: i) el bien que se pretende tutelar; ii) la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas; iii) el dolo con que actuó y las características del daño injustamente causado; iv) las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar; y v) el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales.

La Corte Interamericana ha considerado que el ejercicio del poder punitivo del Estado ha resultado abusivo e innecesario para efectos de tutelar el derecho a la honra, cuando el tipo penal en cuestión no establece claramente qué conductas implican una grave lesión a dicho derecho. (Caso Kimel vs. Argentina, 2008)

En el presente caso, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, por medio de la tipificación consagrada en el artículo 416 del Código Penal, es abusivo e innecesario para efectos de tutelar “la administración pública”, sobre todo cuando el tipo penal en cuestión no establece claramente qué conductas implican una grave lesión a ese bien jurídico tutelado (recordar que los verbos rectores del delito son vagos, ambiguos y carentes de un significado claro y unívoco).

Las conductas —ambiguamente definidas por medio de verbos rectores vagos y carentes de una definición o contenido delimitado— tipificadas en el artículo 416 del Código Penal no llenan los requisitos de necesidad que deben cumplirse a la hora de imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

El deber constitucional y convencional de proteger fervientemente la libertad de expresión, sobre todo cuando esta se refiera a cuestiones de interés público, a funcionarios públicos, al Estado mismo o a sus instituciones, también debiera de extenderse a las expresiones relacionadas a los símbolos nacionales, puesto que dichas expresiones son de la misma naturaleza que las que se refieren a temas políticos, estatales o institucionales. Dado el interés público que hay en juego cuando se exteriorizan expresiones relacionadas con el país —a través, si se quiere, de la utilización de o de referencias a los símbolos nacionales— resulta innecesario sancionar las mismas. Además, el interés de proteger la administración pública no puede imponerse nunca sobre la libertad de expresión.

Para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

3.4 Medidas alternativas para proteger ya sea el bien jurídico tutelado del delito de ultraje a los símbolos nacionales o dichos símbolos en sí mismos.

La utilización del derecho penal para restringir la libertad de expresión en este caso resulta manifiestamente desproporcional. Ello porque existen medidas alternativas que pueden ser utilizadas para tutelar a la administración pública y a los símbolos nacionales en sí mismos. Por ejemplo, en caso de un ataque (por medio de alguna conducta tipificaba en el artículo 416 del Código Penal) a

alguna institución pública, el presidente de la república, como representante de la unidad nacional y jefe de estado, podría hacer uso del derecho de respuesta que contempla la Constitución y la Convención Americana. Asimismo, la educación es un medio alternativo por medio del cual se pueden corregir los comportamientos que pretende sancionar el tipo penal en cuestión. Y en última instancia, se podrían imponer sanciones pecuniarias u otro tipo de sanciones que no sean tan severas como la prisión. Estas medidas alternativas podrían bastar para lograr el objetivo pretendido por las autoridades al tipificar ese delito.

Para el presente caso, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la finalidad de proteger la administración pública y/o a los símbolos nacionales en sí mismos, sin hacer inexistente el derecho a opinar y/o criticar acerca del Estado, sus instituciones o aquello que los símbolos nacionales representan. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario; y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

Respecto del grado de afectación de la libertad de expresión, se considera que las consecuencias de someter a una persona a un proceso penal, la amenaza de que se le imponga pena de prisión de seis meses a dos años, la afectación en el goce del ejercicio de los derechos que se restringen en razón de la pena impuesta y el eventual efecto estigmatizador de la condena penal, demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso son verdaderamente graves. Con esto concuerda Sergio García Ramírez, Presidente de la Corte Interamericana en su voto razonado concurrente del caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

Respecto de la importancia de la satisfacción de la protección de la administración pública, es oportuno traer a colación la sentencia de la Corte de Constitucionalidad por medio de la cual se declaró inconstitucional el delito de desacato (Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2006). Dicha sentencia evidencia el criterio de la referida Corte respecto de que la protección

al Estado, sus instituciones, sus funcionarios o la administración pública en general, nunca justificará una restricción del derecho a la libertad de expresión. Ello porque el ejercicio de este último es un pilar de las democracias, en las cuales es inconcebible una amenaza de sanción penal aduciendo que el bien jurídico tutelado es la protección al Estado, a sus instituciones, sus funcionarios y, en este caso, sus símbolos característicos.

En el examen de proporcionalidad se debe tener en cuenta que las expresiones concernientes al ejercicio de funciones de las instituciones del Estado, ya sea de manera directa o de manera indirecta (por ejemplo, a través de referencias de los símbolos nacionales) gozan de una mayor protección, de tal manera que se propicie el debate democrático en la sociedad. Ello es así porque se asume que en una sociedad democrática el Estado, sus instituciones, sus funcionarios y hasta sus símbolos, están expuestos al escrutinio y a la crítica del pueblo, y sus actividades se insertan en la esfera del debate público.

De ahí que debería de existir mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático, ya sea que tengan o no referencias a los símbolos patrios. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes, opiniones, expresiones de todo tipo, sobre asuntos y cosas de interés público.

Por lo tanto, queda claro que el grado de afectación del derecho de la libertad de expresión es grave; que en una sociedad democrática la importancia de la satisfacción de protección a la administración pública, sus instituciones, sus funcionarios o sus símbolos, es reducida; y que la satisfacción de proteger a la administración pública, sus instituciones, sus funcionarios o símbolos no justifica la restricción —por vía penal— del derecho a la libertad de expresión.

En virtud de lo anteriormente considerado, ha quedado demostrado que la restricción a la libertad de expresión que impone el artículo 416 del Código Penal no satisface el principio de necesidad y proporcionalidad; y, por lo tanto, al no haber superado ninguna de las tres partes del *test* de proporcionalidad, constituye una restricción a la libertad de expresión manifiestamente desproporcionada y por tanto, inconstitucional e inconvencional.

CONCLUSIONES

El delito del ultraje a los símbolos nacionales se relaciona con el derecho a la libertad de expresión porque dicho delito suprime y/o inhibe la manifestación de ideas u opiniones que se relacionen con los símbolos nacionales y porque, al mismo tiempo, impone, asigna y estatuye arbitrariamente lo que las personas deben pensar acerca de dichos símbolos. El delito, al ir dirigido a prohibir el contenido de un mensaje, es jurídicamente injustificable.

Resulta contrario a un régimen democrático y republicano de gobierno, el pretender, por medio de la amenaza penal, infundir amor y respeto a la patria. No es propio obligar a los habitantes de un país a expresar simpatía y respeto a su patria, cuando esa misma patria, *so pena* de sanción penal, los constriñe a rendirle honores.

Siguiendo el ejemplo de la Corte Constitucional colombiana y de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, resulta imperioso expulsar del ordenamiento jurídico el artículo 416 del Código Penal, pues el tipo penal contenido en la norma limita el derecho a la libertad de expresión y dicha limitación está lejos de satisfacer los tres requisitos del test de proporcionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La norma en cuestión no cumple con el requisito de legalidad en materia penal puesto que sus verbos rectores son excesivamente ambiguos y no tienen un significado unívoco. Asimismo, no cumple con el requisito de legitimidad puesto que existen otros medios menos gravosos para resguardar los bienes jurídicos tutelados por el delito. Por último, el tipo penal no se adecúa al requisito de necesidad y proporcionalidad pues i) en una sociedad democrática no es necesario proteger los símbolos por la vía penal; ii) las finalidades perseguidas por el delito no son proporcionales a una amenaza de sanción penal; y iii) la medida penal no es idónea para lograr los objetivos que el delito busca proteger, ya que existen otras medidas menos gravosas con las cuales puede cumplirse el objetivo.

Es importante aclarar que si se declarara la inconstitucionalidad del artículo 416 del Código Penal, ello no debería implicar una autorización del

discurso de odio, entendido este como aquel discurso destinado a intimidar, oprimir o incitar al odio o la violencia contra una persona o grupo en base a su raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual, discapacidad u otra característica grupal. Respecto de esto, el ordenamiento jurídico guatemalteco cuenta con mecanismos idóneos para combatir, mediante responsabilidades ulteriores (tal y como lo prescribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos y nuestra misma Constitución Política), los abusos del derecho a la libertad de expresión.

La libertad de expresión —pilar fundamental de los estados republicanos, democráticos y constitucionales— no es capaz de soportar inquisiciones judiciales que pretenden censurar expresiones relacionadas con insignias nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo Gubernativo número 463-94 dado por el Presidente de la República.
- Amparo en Revisión, 2676/2003 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos 5 de octubre de 2005).
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de julio de 2004).
- Caso Kimel vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de mayo de 2008).
- Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2005).
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2004).
- Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre de 2009).
- Código Penal, Decreto Número 17-73 y sus reformas.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Decreto 43-97 del Congreso de la República.
- Demanda de amparo, 50/1995 (Tribunal Constitucional de España 23 de febrero de 1995).
- Inconstitucionalidad del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, C-575/09 (Corte Constitucional de Colombia 26 de agosto de 2009).
- Ley de Emisión del Pensamiento, Decreto Número 9, dado por la Asamblea Nacional Constituyente de la República de Guatemala en 1966. Amparo en Revisión, 2676/2003 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos 5 de octubre de 2005).
- Caso Kimel vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de mayo de 2008).
- Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2005).
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2004).
- Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre de 2009).
- Demanda de amparo, 50/1995 (Tribunal Constitucional de España 23 de febrero de 1995).

- Gelber, K. (2012). Political Culture, Flag Use and Freedom of Speech. *Political Studies* , 173-179.
- Inconstitucionalidad del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios, C-575/09 (Corte Constitucional de Colombia 26 de agosto de 2009).
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Organización de los Estados Americanos*. Obtenido de Sitio web de la Organización de los Estados Americanos: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Agenda%20Hemisf%C3%A9rica%20Espa%C3%B1ol%20FINA%20con%20portada.pdf>
- Sentencia de Amparo en Única Instancia, 3753-2012 (Corte de Constitucionalidad 6 de marzo de 2013).
- Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 1158-2011 (Corte de Constitucionalidad 18 de agosto de 2011).
- Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 2006-2011 (Corte de Constitucionalidad 18 de octubre de 2011).
- Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 1974-2011 (Corte de Constitucionalidad 27 de octubre de 2011).
- Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 5791-2016 (Corte de Constitucionalidad 6 de febrero de 2017).
- Sentencia de Apelación de Sentencia de Amparo, 5844-2017 (Corte de Constitucionalidad 3 de marzo de 2018).
- Sentencia de Inconstitucionalidad General Parcial, 1553-2001 (Corte de Constitucionalidad 19 de agosto de 2002).
- Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 1122-2005 (Corte de Constitucionalidad 1 de febrero de 2006).
- Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, Expedientes acumulados 1079-2011, 2858-2011, 2859-2011, 2860-2011, 2861-2011 y 2863-2011 (Corte de Constitucionalidad 12 de noviembre de 2013).
- Sentencia de inconstitucionalidad general parcial, 2951-2017 (Corte de Constitucionalidad 12 de febrero de 2018).
- Shaheed, F. (2013). *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights on her mission to the Russian Federation*. Obtenido de Sitio Web de la Organización de Naciones Unidas: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/118/04/PDF/G1311804.pdf?OpenElement>
- Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (Corte Suprema de los Estados Unidos de América 21 de junio de 1989).

Velasco, H. D., & Vela, J. D. (2011). *Derecho Penal Guatemalteco Parte General y Parte Especial*. Guatemala: Magna Terra Editores.

Whitney v. California, 274 US 357 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América 16 de mayo de 1927).

Whitney v. California, 274 US 357 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América 16 de mayo de 1927).