

# ULTRAJANDO A LA CONSTITUCIÓN

## LA SUPREMA CORTE CONTRA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

---

Miguel Carbonell\*

*La libertad de expresión no es una libertad más que pueda ponerse en la balanza al lado de otras libertades posibles para pesarla y contrapesarla con ellas, prevaleciendo en unos casos y quedando limitada en otros... No es una entre otras las libertades, sino el fundamento de todo el orden político.*

ALEXANDER MEIKLEJOHN (1948).

### 1. Planteamiento del caso

**E**l 5 de octubre de 2005 una mayoría de los Ministros integrantes de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictaron una sentencia que sin duda será recordada como un ejemplo por décadas. Por desgracia será un ejemplo de la manera en que un tribunal constitucional puede convertirse él mismo en violador de derechos fundamentales en vez de ejercer su tarea de defender el orden constitucional.

Los Ministros Sergio Valls, José de Jesús Gudiño y Olga Sánchez Cordero votaron en el amparo en revisión 2676/2003 a favor de la constitucionalidad del tipo penal de “ultrajes a los símbolos nacionales” establecido en el Código Penal Federal.<sup>1</sup> Con esa votación permitieron que siguiera adelante un proceso penal abierto en contra del poeta Sergio H. Witz por haber publicado un poema menor en una revista marginal del Estado de Campeche. Para decirlo claramente: los tres Ministros consideraron que en México se puede perseguir penalmente a una persona por haber escrito una poesía que, según algunos, “ultraja” a la bandera.

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

<sup>1</sup> La descripción que hace el artículo de la conducta típica es la siguiente: “Al que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra.....”.

La sesión de la Corte donde fue votado el asunto alcanzó su clímax cuando el Ministro Gudiño leyó en voz alta el poema de Witz (lo que quizá ubicó al Ministro en el mismo supuesto penal que se le ha imputado a Witz, puesto que el Código Penal no distingue entre quienes sean autores directos de un escrito ultrajante y quienes lo reproduzcan “de palabra o de obra”). Para no quedarse atrás el Ministro Valls habló en su intervención oral sobre la baja calidad del poema, al que calificó de “pseudo-poema”, que atenta no solamente contra la bandera “sino contra la patria misma”.<sup>2</sup>

La Ministra Sánchez Cordero prefirió una ruta hermenéutica -por decirlo de alguna manera- alternativa: hizo referencia a los niños que en las escuelas públicas saludan a la bandera todos los lunes (sic). Más adelante la Ministra manifestó en referencia a la bandera nacional que “cualquier ultraje a la misma afecta la estabilidad y la seguridad de nuestra nación». Frases como estas, tranquilizadoras de algunas conciencias que saben que están legitimando la arbitrariedad, son inaceptables de un debate judicial que debe tener una mínima altura. La falsedad de la afirmación, en el caso concreto, se ilustra con un hecho tan simple como palmario: el poema de Witz se publicó en el 2001, es decir, hace más de cuatro años; ¿nos podría señalar la Ministra un solo hecho que acredite la afectación a la estabilidad y seguridad de la nación que se haya desprendido de la publicación del poema? Si nos puede poner un solo ejemplo tendremos que reconocer lo acertado de su “razonamiento” (si es que así se le puede llamar a la frase transcrita). Pero volviendo a la seriedad: ¿puede sostenerse que una revista literaria de Campeche tiene tal fuerza como para afectar a la seguridad de un país como México al publicar un poema de unas pocas líneas? Pero aunque la tuviera, ¿ese riesgo es suficiente para pretender callar a una persona que escribe poesía? ¿Cómo habrían reaccionado nuestros Ministros si en vez de enfrentarse a un poema de evidente mal gusto hubieran tenido que pronunciarse en un caso como el de los “Papeles del Pentágono” que la Corte de los Estados Unidos resolvió en los años 70 del siglo pasado?<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Alguien podría decir que el Ministro Sergio Valls es en realidad un “pseudo-ministro” al utilizar su cargo en la Corte para hacer crítica literaria.

<sup>3</sup> En el caso de los “Papeles del Pentágono” estaba en juego la estrategia militar y diplomática de los Estados Unidos en Vietnam. La Corte de los EUA permitió que dos periódicos de alcance nacional (el *New York Times* y el *Washington Post*), dieran a conocer miles de documentos oficiales sobre el tema. Fue el caso *New York Times versus United States*, resuelto el 30 de junio de 1971.

Como puede verse, no se trata de una discusión que vaya a recordarse por su alto nivel argumentativo. Más bien lo contrario.

Por fortuna, los Ministros José Ramón Cossío y Juan Silva Meza mantuvieron la cordura y reconocieron con claridad la médula del asunto: se trataba de un caso claro de libertad de expresión. La pregunta interesante es si el ejercicio de dicha libertad que había realizado en forma de poema Sergio Witz podía tener consecuencias penales. Además del razonamiento realizado a partir de la libertad de expresión, me parece que el tema ameritaba un análisis basado en los principios de taxatividad y proporcionalidad en materia penal: el tipo penal en cuestión es excesivamente abierto y manifiestamente desproporcionado, razón por la que violaría ambos principios, establecidos en el artículo 14 párrafo tercero de la Constitución mexicana.

## 2. El ultraje a la libertad de expresión

El artículo 6 de la Constitución mexicana contiene la libertad fundamental de expresión de las ideas en los siguientes términos: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas es uno de los bienes más preciados para una sociedad, y constituye el presupuesto necesario para la construcción de una “racionalidad discursiva” (Habermas), que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya un cauce para la expresión de los disensos, que en democracia son tan naturales (y necesarios) como los acuerdos.

La deliberación pública realizada en libertad es una de las características de los modernos regímenes democráticos.<sup>4</sup> En palabras de Ignacio Villaverde, “en los Estados democráticos, la libre discusión es un componente jurídico previo a la toma de una decisión que afecta a la

<sup>4</sup> Al respecto, Elster, Jon (compilador), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2000.

colectividad, e inexcusable para su legitimación... Sin una discusión libre no es posible una realización cabal del Estado democrático”.<sup>5</sup>

La decisión de la Corte, lejos de proteger la libertad de expresión, la viola de forma contundente al instalar una especie de censura previa, si atendemos a la definición que de la misma hace Gregorio Badeni, un reconocido experto argentino en la materia; para Badeni, actualmente por censura se entiende “toda forma de control o restricción, tanto anterior como posterior a la emisión del pensamiento, e incluye a las imprecisiones ideológicas generadoras de sanciones motivadas por su incumplimiento”.<sup>6</sup> De acuerdo con este concepto, pueden ser múltiples las formas que adopte la censura. Badeni enumera prolijamente las siguientes formas:<sup>7</sup>

El monopolio de los medios de difusión; las subvenciones gubernamentales a ciertos medios de difusión en detrimento de otros y con el deliberado propósito de modificar o cercenar su línea editorial; la violación del secreto profesional que asiste a los periodistas; la difusión obligatoria de ciertas ideas, conceptos o acontecimientos; la publicación coactiva de cierta propaganda, noticia u opinión; la prohibición de crear nuevos medios de difusión; supeditar a la autorización gubernamental el establecimiento de los medios de comunicación; los privilegios o restricciones impuestas por el gobierno para emplear la tecnología de la comunicación; las trabas para la producción o importación de elementos necesarios para el funcionamiento o la modernización de los medios técnicos de comunicación; la aplicación de medidas fiscales que obstaculicen deliberadamente el normal funcionamiento de los medios de difusión, o que persigan alentar o desalentar a ciertos medios o a ciertas ideas; la presión coactiva sobre la orientación y la información de los órganos de difusión; la prohibición de difundir ciertas ideas; la intervención gubernamental de las empresas periodísticas; la intervención preventiva de cualquier autoridad pública, inclusive la judicial; todo procedimiento encaminado a estorbar o impedir la difusión de ideas; toda disposición que prohíba una publicación o establezca obli-

<sup>5</sup> Villaverde, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994, pp. 30-31.

<sup>6</sup> Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, Lexis-Necis, Abeledo-Perrot, 2002, p. 215.

<sup>7</sup> Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., p. 216.

gatoriamente su contenido contra la voluntad del emisor; toda medida fiscal discriminatoria para la actividad de la prensa; la exigencia de una caución para la cobertura de responsabilidades ulteriores.

Haría falta recordarles a los Ministros las palabras de Alexis de Tocqueville, quien sobre la censura escribía en *La democracia en América* lo siguiente:<sup>8</sup>

En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. Cuando se concede a cada uno el derecho de gobernar a la sociedad, es necesario reconocerle la capacidad de escoger entre las diferentes opiniones que agitan a sus contemporáneos, y de apreciar los diferentes hechos cuyo conocimiento puede guiarle. La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son, pues, dos cosas enteramente correlativas: la censura y el voto universal son, por el contrario, dos cosas que se contradicen y no pueden encontrarse largo tiempo en las instituciones políticas de un mismo pueblo.

La libertad de expresión que de alguna forma involucra al gobierno debe estar fuertemente protegida, lo que supone que la regulación y las sanciones que se pueden imponer a la misma debe ser observada con mucho cuidado. Como afirma Sunstein, “El gobierno no es tan digno de confianza cuando intenta controlar el discurso que puede dañar sus propios intereses; y cuando el discurso es político, éstos casi siempre entran en juego... tenemos motivos de mayor peso para desconfiar de la regulación gubernamental cuando se trata de temas políticos”.<sup>9</sup> En este supuesto se encuentra el caso que estamos comentando ya que por décadas el régimen político mexicano ha utilizado los símbolos patrios para sus propias necesidades de legitimación; mantenerlos “protegidos” a través del uso del Código Penal es algo inapropiado en cualquier Estado democrático y no solamente resulta sospechoso, sino que viola de manera directa las normas que tutelan la libertad de expresión, que en México no solo se encuentran en el artículo 6 constitucional, sino en diversos tratados internacionales que amplían de forma considerable el radio de protección de dicha libertad.

<sup>8</sup> *La democracia en América*, México, FCE, 2001 (reimpresión), p. 199.

<sup>9</sup> Sunstein, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 147.

Los artículos de los tratados internacionales que protegen la libertad de expresión y que fueron violados por la mayoría de los Ministros en el caso que estamos comentando son los siguientes:

Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (ONU): “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (ONU): “2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; 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. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (OEA): “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. 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”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha emitido importantes criterios para el caso que nos ocupa. Por ejemplo, en su sentencia del caso conocido como “La Última Tentación de Cristo”.<sup>10</sup> En ese caso la Corte afirmó que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una social o colectiva; recordando su propia Opinión Consultiva 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas (que está también mencionada en el voto de minoría de los Ministros Cossío y Silva Meza), estima que la primera de tales dimen-

<sup>10</sup> Consultable en Carbonell, Miguel (compilador), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, CNDH, Porrúa, 2004, pp. 433 y siguientes.

siones, “requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (párrafo 64). Profundizando en el sentido y alcances de las dos dimensiones de la libertad de expresión, la Corte afirma que

65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente.

66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previsto por el artículo 13° de la Convención.

Más adelante en la misma sentencia, la Corte afirma que “La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada” (párrafo 68).<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Sobre la libertad de expresión hay pasajes interesantes también en las sentencias de la Corte Interamericana del caso *Ricardo Canese vs. Paraguay* de agosto de 2004, *Herrera Ulloa* de julio del mismo año e *Ivcher Bronstein* de febrero de 2001 (en referencia los dos últimos sobre todo a medios de comunicación y libertad de expresión)

Nada de eso, tampoco, fue tomado en cuenta por los Ministros de la mayoría.

En su voto de minoría los Ministros disidentes se enfocan a demostrar que el artículo 191 no tiene cobertura en alguna de las limitantes que señala el artículo 6 constitucional. Enfocan gran parte de su razonamiento en el límite de la “moral”, la provocación de algún delito y la perturbación del orden público. Aunque sus razonamientos son de gran solidez, me parece que discurren sobre una línea argumentativa que no era necesaria, porque el supuesto normativo no encaja en el caso concreto. Es decir, no hay que demostrar que el poema no ataca la moral porque ni siquiera incide en su contenido. La moral no estaba en juego, desde ningún punto de vista. Lo mismo puede decirse de las demás limitaciones establecidas en el artículo 6, las cuales además se encuentran de alguna forma neutralizadas a la luz de la más amplia protección que se encuentra establecida en los tratados internacionales que ya fueron citados.

De todas formas, la exposición del voto de minoría resulta útil porque desarma de razones a los Ministros de la mayoría, que perpetraron su personal ultraje a la Constitución con base en conceptos tan peligrosos como el de “moral” y los demás términos vagos que contiene el artículo 6 mencionado. Sobre la poca precisión de los límites establecidos por el artículo 6 a la libertad de expresión, Jesús Orozco Henríquez apunta que

...los términos sumamente vagos, ambiguos e imprecisos en que se encuentran redactadas las limitaciones a la libertad de expresión –sin que la legislación secundaria, ni la jurisprudencia proporcionen un criterio seguro y fijo para establecer en qué casos la libre expresión del pensamiento ataca la moral, los derechos de tercero o perturba el orden público- ha permitido su interpretación y aplicación arbitraria o caprichosa por parte de las autoridades judiciales y administrativas, así como, lo más grave, la abstención frecuente del ciudadano para expresarse por razón de la inseguridad jurídica prevaleciente, ya que se teme que cierta expresión, aun cuando se encuentre protegida en la mayoría de los sistemas democráticos, pueda llegar a considerarse proscrita por los órganos del Estado mexicano....<sup>12</sup>

<sup>12</sup> “Libertad de expresión” en VV.AA., *Diccionario de derecho constitucional*, 2ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2005, p. 361.



### 3. El ultraje a los principios de taxatividad y proporcionalidad

Los Ministros de la mayoría pasaron por alto más de dos siglos de evolución del derecho penal. Decidieron ignorar que actualmente ya no se puede castigar el “vicio moral” o el “pecado”, como sucedía en el pasado. No quisieron recordar que las primeras corrientes del pensamiento en favor de los derechos humanos estuvieron enfocadas justamente a racionalizar y limitar el poder punitivo del Estado. Tales doctrinas, desarrolladas en la segunda mitad del siglo XVIII, fueron consecuencia, en buena medida, de la tendencia más general a la secularización del Estado y a la separación entre el poder religioso y el poder político. Se trataba de separar con nitidez el campo del delito del que correspondía al pecado, de distinguir entre la pena y la penitencia, que durante la Edad Media habían caminado frecuentemente de la mano. Luis Prieto resume en un párrafo brillante el proceso evolutivo del derecho penal como consecuencia de la secularización:

Esa secularización supone, como es obvio, una propuesta en favor de la destipificación de los delitos religiosos, pero, más allá, supone también una nueva concepción del Derecho penal y procesal, que alcanza de forma global a todos sus aspectos desde una perspectiva utilitaria. De entrada, el objeto del ordenamiento penal ya no puede ser la expiación del pecado o la cura de la enfermedad moral que revela el crimen, sino la tutela del derecho ajeno mediante la represión de las conductas externas lesivas de tales derechos; sólo los actos externos que atenten contra otras personas o contra la sociedad, no los pensamientos ni los meros vicios morales, pueden ser objeto de represión, pues a ello se reducen las exigencias de utilidad social. La pena ha de ser asimismo útil para la prevención del delito, proporcional al mismo y sólo con el grado de severidad imprescindible para conseguir sus fines. La tipificación de los delitos y de las penas ha de corresponder, a su vez, a leyes simples, claras, taxativas e irretroactivas, de manera que su aplicación garantice la máxima certeza posible, eliminando la discrecionalidad circunstancial tanto del juez como del soberano. Finalmente, el proceso ha de abandonar el modelo inquisitivo dominado por el secreto y la prueba legal, y donde el juez aparece como un enemigo del inculpado, para acoger el modelo acusatorio e informativo, basado en la imparcialidad del juez, en la publicidad y contradicción entre las partes, en la libre convicción judicial

a partir de un material probatorio acumulado bajo los principios de presunción de inocencia y de igualdad entre acusación y defensa.<sup>13</sup>

Nada de eso es relevante para los tres Ministros de la mayoría. Nada de historia ni de cultura humanista en sus razonamientos. Al contrario: decisionismo puro y duro, y del de peor categoría. Pero a su falta de atención histórica sumaron los Ministros Valls, Gudiño y Sánchez Cordero un error todavía más grave: siguieron ultrajando a la Constitución al violar el artículo 14 párrafo tercero de la misma que establece el principio de taxatividad en materia penal. Si hubieran aplicado este principio habrían tenido que declarar la inconstitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal o al menos habrían tenido que realizar una interpretación conforme del mismo para que no pudiera aplicarse a supuestos claramente restrictivos de derechos fundamentales.

Recordemos que el artículo 14 párrafo tercero de la Constitución señala que para que se pueda aplicar una sanción penal debe existir una ley “exactamente” aplicable a la conducta de que se trate. A partir de esa disposición podemos extraer un elemento “cualitativo” de la ley penal que vendría exigido por la Constitución; en efecto, para que una ley sea “exactamente” aplicable a una cierta conducta debe tener ciertas “cualidades” lingüísticas, pues es seguro que no toda descripción lingüística tendría la posibilidad de ser aplicada con exactitud a la conducta humana.

La taxatividad de la ley penal consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realicen. La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.<sup>14</sup> Luigi Ferrajoli describe el principio de taxatividad penal (que también se puede llamar “principio de estricta legalidad”) con las siguientes palabras:<sup>15</sup>

<sup>13</sup> “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos” en López García, José Antonio y Del Real, J. Alberto (editores), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 43.

<sup>14</sup> Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21.

<sup>15</sup> *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª edición, Madrid, Trotta, 2004, p. 121.

Este principio... puede ser caracterizado ahora como una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal* que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades* o *características esenciales* idóneas para determinar su *campo de denotación* (o de aplicación) de manera *exhaustiva*, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera *exclusiva*, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.

Las propiedades o características esenciales que debe contener una ley para cumplir con el principio de taxatividad penal se pueden resumir en el concepto de *elementos constitutivos del delito*, es decir, en la acción (que debe ser exterior y empíricamente visible), en su efecto o resultado (que debe consistir en un daño tangible) y en la culpabilidad (que debe permitir la adscripción causal de la acción a la persona que la lleva a cabo).<sup>16</sup>

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionaran penal o administrativamente una conducta vagamente descrita, las que castigarán bienes jurídicos intangibles o referidos a conductas que no generen daño alguno, así como aquellas que dispusieran consecuencias jurídicas también indeterminadas.

El principio de taxatividad ha sido reconocido por distintos tribunales nacionales e internacionales. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que “La norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracciones y el tipo y el grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa”; el Tribunal Europeo de Derechos

<sup>16</sup> *Idem*.

Humanos considera que “Una norma no puede ser considerada ‘ley’ a menos que esté formulada con suficiente precisión para permitir al ciudadano regular su conducta: debe ser capaz —con asesoramiento jurídico, si es necesario— de prever, en un grado razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que pueden derivarse de una determinada acción”. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha hecho valer la doctrina de la “nulidad por vaguedad” para asegurar un estándar mínimo de calidad en la legislación penal, considerando que una norma vaga es contraria a la Constitución norteamericana; una norma es vaga según el criterio de la Corte cuando “hombres de inteligencia común deben necesariamente aventurar cuál es su significado y discrepar acerca de su aplicación”.<sup>17</sup>

La idea de que las leyes en general y las leyes penales en particular deben ser claras y precisas no es nueva; estaba ya presente en el pensamiento de la Ilustración, que con tanto énfasis intentó racionalizar y secularizar al máximo el poder punitivo del Estado.<sup>18</sup> Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Beccaria y muchos otros pensadores coincidieron en la necesidad de que las leyes fueran breves, claras y sencillas, al alcance del entendimiento promedio de cualquier persona.<sup>19</sup> Era una de las muchas formas por medio de las cuales el pensamiento ilustrado intentaba disminuir las posibilidades de una aplicación arbitraria del derecho penal. En concreto Beccaria considera que la oscuridad de las leyes es un mal, que se hace mayor “cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico”.

<sup>17</sup> Los pronunciamientos citados se encuentran recogidos en Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., pp. 22-25.

<sup>18</sup> Como señala Luis Prieto, a través del principio de taxatividad penetran en el derecho penal “el racionalismo y la secularización: los tribunales humanos sólo pueden juzgar los hechos susceptibles de verificación empírica; el juicio sobre los pensamientos, sobre los rasgos del carácter, sobre las meras tendencias, pertenece al tribunal divino”, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003, p. 43.

<sup>19</sup> Las citas pertinentes de sus obras se encuentran en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 179-180. Sobre el tema puede verse también el clásico ensayo de Bentham, Jeremy, *Nomografía o el arte de redactar las leyes* (1843), Madrid, CEPC, 2004; esta edición va precedida de un importante estudio de Virgilio Zapatero, titulado “El arte ilustrado de legislar”, donde se pueden ver más citas de pensadores ilustrados sobre los mismos asuntos.

Por supuesto, nada de esto fue tomando en cuenta por los Ministros de la mayoría al juzgar el amparo promovido por Sergio Witz. Pero cualquier observador imparcial podrá convenir en que el concepto de “ultraje al escudo de la República o al pabellón nacional de palabra o de obra” es una expresión ambigua donde las haya y que da un margen de arbitrariedad de enormes proporciones para los agentes encargados de su aplicación. Repito: si no cabía la inconstitucionalidad lisa y llana (que creo que sí), al menos era procedente la declaración de un interpretación conforme para evitar que su aplicación fuera lesiva de derechos fundamentales.

Por otro lado, los Ministros de la mayoría hubieran podido llegar a la declaración de inconstitucionalidad aplicando el principio de proporcionalidad. En general este principio exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional. Para que se verifique la proporcionalidad es necesario que se observen los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; es decir, existirá proporcionalidad cuando: a) la regulación o limitación de un derecho fundamental sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; b) la medida adoptada sea la más benigna posible respecto del derecho en cuestión, de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto; y c) las ventajas que se obtengan con la restricción deben compensar los posibles sacrificios del derecho para su titular y para la sociedad en general.<sup>20</sup>

La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer así como a la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta.

Ferrajoli explica el principio de proporcionalidad con las siguientes palabras:<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 35-36.

<sup>21</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 397-398.

El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser *adecuada* al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez *en relación* con la naturaleza y la gravedad del otro. El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.

La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien señalaba de forma tajante que debe “haber una proporción entre los delitos y las penas”. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración: “Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja”.

A partir de la proporcionalidad se puede enjuiciar tanto el límite mínimo como el límite máximo de la pena establecida para cierto delito. Es decir, la proporcionalidad puede ser vulnerada tanto porque la pena máxima es muy alta como por el hecho de que lo sea la pena mínima.

Por lo que hace concretamente al límite máximo de la pena, Ferrajoli considera que no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas, aunque reconoce que este criterio no se presta para una comparación precisa entre la cantidad de pena que se asigna a un delito y la cantidad de pena que se asigna a otro<sup>22</sup>. La consideración de conjunto que el autor hace sobre el límite máximo que puede tener una pena para no romper el principio de proporcionalidad se contiene en el siguiente párrafo<sup>23</sup>:

<sup>22</sup> *Derecho y razón*, cit., p. 401.

<sup>23</sup> *Derecho y razón*, cit., p. 402.

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.

¿Es proporcional –a la luz de lo expuesto– meter a una persona en la cárcel durante cuatro años por haber publicado un poema de pocas líneas? La respuesta es más que obvia, salvo para los verdaderos ultrajadores, no de los símbolos nacionales, sino de la Constitución.

#### 4. Conclusión

Si los Ministros Valls, Gudiño y Sánchez Cordero sirvieran en algún tribunal de los Estados Unidos serían puestos como ejemplo de la necesidad de prohibir el control de constitucionalidad por parte de los jueces.<sup>24</sup> La jurisdicción constitucional fue creada con un claro objetivo: servir como un contrapeso a los poderes de las mayorías políticas que gobiernan desde el poder ejecutivo y el poder legislativo. Los tribunales constitucionales sirven para proteger a los disidentes individuales o no sirven para nada. Son esos disidentes incómodos, groseros, nada elegantes, provocativos, odiosos incluso, los que deben estar protegidos por la libertad de expresión. Esto, y no otra cosa, es lo que da cuerpo y sentido real –más allá de los análisis académicos– al conocido axioma de que los derechos fundamentales son derechos “contramayoritarios”,

<sup>24</sup> Aunque parezca una idea solamente teórica, es algo que se está discutiendo intensamente y que incluso ha sido objeto de alguna iniciativa de reforma constitucional; véase al respecto el debate entre Mark Tushnet, Laurence Tribe y Jeremy Waldron publicado en *Dissent*, verano de 2005, consultable en [www.dissentmagazine.org](http://www.dissentmagazine.org) (consultado el 2 de diciembre de 2005).

razón por la cual no pueden quedar justamente librados a las decisiones de los poderes de la mayoría, sino que quedan bajo el resguardo último o límite de los tribunales constitucionales, que también son –aunque algunos de nuestros Ministros lo ignoren– mecanismos contramayoritarios.

La visión alternativa del mundo y de la vida que nos ofrece el pensamiento heterodoxo no solamente está protegida constitucionalmente, sino que es del todo necesaria desde un punto de vista político.<sup>25</sup> El pluralismo social, expresado en el caso que nos ocupa en forma de poema, es propio y característico de los sistemas democráticos. Pretender sofocarlo a través del uso del derecho penal es una decisión que viola un buen número de normas jurídicas pero que además ofende cualquier criterio democrático.<sup>26</sup> La decisión de la Corte es uno de los peores ejemplos del daño que se puede causar cuando se dejan las decisiones importantes para un país en manos de personas que además de estar pésimamente preparadas para resolverlas, tienen una visión reduccionista y conservadora de la vida. Lamentablemente, lo único que podemos hacer por el momento –y no es poco– es recordar una y otra vez por todos los medios a nuestro alcance el apellido de los responsables. Para que el ultraje a la Constitución que cometieron los acompañe durante mucho tiempo.

Recepción: 4/11/2005

Aceptación: 24/11/2005

<sup>25</sup> Ver, sobre el tema, el penetrante análisis de Sunstein, Cass R., *Why societies need dissent*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.

<sup>26</sup> Los Ministros de la minoría lo percibieron con claridad y por eso en uno de los primeros párrafos de su voto escribieron: “si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los respeta y protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente sus ideas, es imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, y capaces así de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático”.