

Lunes, 18 de Enero de 2021

EL PRETENDIDO AMPARO DEL DERECHO A LA VIOLACIÓN DEL DERECHO

No es posible invocar un derecho para justificar conductas antijurídicas producto del ofuscamiento social o el interés personal

En la dinámica de la aplicación del derecho, encontramos frecuentemente la pretendida justificación de hechos y conductas bajo un estamento normativo que legitimaría en un principio, una actuación determinada. Así, se van configurando una serie de comportamientos que pueden tipificar delitos y que por ende, acarrearán sanciones que pueden ir desde la multa hasta la penas restrictivas de libertad.

En este análisis, nos detendremos en dos casos, por citar algunos, en los que los supuestos de hecho que materializan delitos, son justificados en la pretensión de aludir a su favor derechos que no son aplicables al caso controvertido, a saber: a) Delitos contra los Símbolos Patrios y el Derechos a la Libertad ideológica y de Expresión (España) y b) Pretensión de reelección electoral indefinida invocando los derechos humanos (Colombia).

a) Delitos contra los Símbolos Patrios invocando el Derecho a la Libertad de Expresión, Ideológica y de Manifestación (España)

*El Pleno del Tribunal Constitucional español, ha sentenciado con fecha 15 de diciembre 2020 con motivo del recurso presentado por un representante sindical contra las sentencias de un juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial de la Coruña, que el ultraje a la bandera de España, **no está amparado por el derecho a la libertad de expresión y que contrariamente a lo aducido por el reclamante en su solicitud de amparo, "...sus palabras quedan al margen de los derechos que invocaba: la libertad ideológica y la libertad de expresión"**. La Nota Informativa del TC, al dar a conocer la, dispositiva del fallo señala textualmente que:*

*"...En concreto, las expresiones que determinaron la condena eran "Aquí tenéis el silencio de la puta bandera" y "hay que prenderle fuego a la puta bandera". El Tribunal considera que **dichas expresiones fueron innecesarias** para las reivindicaciones salariales que el recurrente, como representante del Sindicato (Confederación Intersindical Galega), estaba defendiendo y, además, **no guardaban relación con dichas reivindicaciones**. Por todo ello, se entiende*

que dichas expresiones **fueron realizadas al margen y sin el amparo de los derechos fundamentales invocados.** " (1) Como suele suceder en cualquier caso controvertido, ha habido magistrados con opiniones distintas, que ciñen sus asertos al contenido de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo (2018) en la que España fue reprendida, en una causa relacionada con dos ciudadanos que quemaron una foto de los monarcas con motivo de una visita de Juan Carlos I a Gerona (caso de los jóvenes catalanes Stern y Roura) (2), pero al final se impuso la mayoría de seis votos a cinco en el Pleno.

No ha prevalecido por ende, la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo cuando en aquella oportunidad, estimó que España había vulnerado el derecho a la libertad de expresión de los encausados condenándola a indemnizar a los infractores que actuaron durante una manifestación antimonárquica e independentista.

Ciertamente, dentro del conjunto de los argumentos esgrimidos por el apelante en el Recurso de Amparo interpuesto, encontramos la mención de los artículos contenidos en la Constitución española atinentes a la justificación de la conducta del encausado **invocando la libertad ideológica y la libertad de expresión**, aduciendo a su favor además jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los siguientes términos:

"...En fin, debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos de quema de banderas e imágenes de representantes políticos, ha señalado que **no puede establecerse una protección privilegiada de los símbolos del Estado frente al ejercicio de los derechos a la libre expresión e información** (así, SSTEDH de 25 de junio de 2002, asunto Colombani c. Francia; de 26 de junio de 2007, asunto Artun y GÜvener c. Turquía; de 1 de junio de 2010, asunto Gutiérrez Suárez c. España; de 14 de marzo de 2013, asunto Eon c. Francia; de 12 de junio de 2014, asunto Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. Francia; y de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España)." (3)

A cualquier efecto, pensamos que la idea de concebir, que **por el hecho de poder ejercer libremente mi derecho a expresarme, puedo conculcar un símbolo patrio que aglutina un concepto de soberanía, de historia patria y de pertenencia e identidad nacional, queda por demás desechada**, máxime si el comportamiento que se cuestiona, encuadra en una previsión de ilegalidad contemplado en la legislación nacional (Artc 543 del Código Penal Español). En tal sentido, la Sentencia que se comenta señala con toda claridad:

*"...Por consiguiente, en lo que ahora es de interés, el art. 543 CP tipifica un delito de naturaleza pública y perseguible de oficio, que protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a la función de representación que los símbolos y emblemas identificadores de España y sus comunidades autónomas desempeñan. Cabe recordar en este sentido que, en la STC 94/1985, de 29 de julio, FJ 7, se declaró que "No puede desconocerse que la materia sensible del símbolo político [...] trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el 11 símbolo político **acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada**; de aquí la protección dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos jurídicos. **Al símbolo político corresponde, pues, al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles...**". (4)*

Indudablemente, se trata de un tema de contenido político social en cuyo contexto, la aplicación del derecho como garante de la legalidad y de la oportuna estimación de la conducta antijurídica, considerando las diferentes circunstancias que coadyuvan a su realización, se hace con miras a las más sana interpretación de la Ley, considerando igualmente, las opiniones disidentes que en el caso de marras, constituyen cinco votos en la decisión del Pleno.

*Por otra parte, la figura penal contenida en el artículo 543 del Código Penal Español, **aparece igualmente tipificada en otras legislaciones penales de Estados miembros de la Unión Europea**, estableciendo penas de igual cuantía o penas más contundentes que la prevista en la ley sustantiva española, en tal sentido, podemos mencionar: [CP alemán (& 90 a y 104), CP francés (art. 433-5-1), o CP italiano (arts. 291 y 292)], ello se entiende, por la relevancia del bien jurídico protegido.*

Precisamos entonces como conclusión, haciéndonos eco del contenido del fallo comentado, que el derecho a la libertad de expresión no provee de un halo de impunidad a los participantes en una sociedad democrática y pluralista, ni dota de protección constitucional automática el ejercicio de dicho derecho, si la conducta de quien lo invoca a su favor, traspasa los límites suponiendo una conducta subsumible en la legislación que tipifica y condena su actuación. La libre exposición de las ideas pues, no autoriza el uso de la violencia, la vejación o el insulto para imponer criterios propios.

b) Pretensión de reelección electoral indefinida invocando los derechos humanos (Colombia)

En este caso queremos traer a colación el caso de la tesis de la "reelección presidencial indefinida" que algunos políticos han pretendido tener como asidero, considerándola un "derecho humano" que les asiste para mantenerse hegemónicamente en el poder que detentan.

El inicio del siglo XXI trajo consigo una nueva dimensión del caudillismo latinoamericano con el surgimiento de líderes mesiánicos pródigos en el ejercicio del populismo. Ejerciendo un formidable carisma y un estrecho acercamiento a las masas, comenzaron a hacer uso de la figura del Referendum (consultivo y revocatorio) para proceder luego, con la anuencia de "pueblo soberano", a efectuar reformas constitucionales que les permitieran reelegirse continuamente en el poder.

*Lo primero que debemos advertir, es que la reelección presidencial indefinida **no es un derecho humano protegido por la Convención Interamericana de Derechos Humanos**, lo que contiene implícitamente la interrogante de si la base regulatoria que restringe o limita este modo de gobernabilidad, podría constituir un ataque a los derechos políticos cimentados en los principios de legalidad, alternancia y proporcionalidad que ha desarrollado la Corte interamericana de los Derechos Humanos.*

*En menester acotar en cuanto a la legalidad, que bien puede la Ley contemplar disposiciones que apunten en este sentido, pero el término "indefinida" incide contra uno de los pilares de cualquier sistema democrático, nos referimos al **derecho a elegir y ser elegido**.*

*La posibilidad de permitir la reelección a un servidor público indefinidamente, es a nuestro criterio, una gran limitación al ejercicio de la actividad electoral y por ende, al principio de alternancia política e igualmente, fractura la verdadera dimensión individual y social de los derechos políticos de la ciudadanía. Queremos decir, que aún cuando la reelección indefinida no conculque un elemento esencial normativo que la contiene, su cohabitación en un sistema democrático, **padece grandes posibilidades de devenir a la larga en regímenes de corte totalitario**, que siempre se encuentran a la cabeza de la violación de los de los derechos humanos.*

Algunos autores opinan, que para que para que la reelección indefinida no constituya una limitación ilegítima al ejercicio de los derechos políticos, debe cumplir con: los requisitos de legalidad (prevista en la ley) y finalidad (prevalece el bien común), además de

ser necesaria y proporcional para una sociedad democrática y compatible con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, insistimos, en cuanto al primer requisito, a través de las figuras de los referéndums consultivos y revocatorios y de la posterior reforma de la Carta Magna, algunos países latinoamericanos han procedido a modificar el estamento legal electoral para hacerlo más permisivo y conveniente a los intereses de los gobernantes.

*Es por ello, que no nos parece que la simple previsión legal que da legitimidad a la reelección presidencial indefinida, en sistemas democráticos donde el Poder Ejecutivo se despacha a diestra y siniestra, **evite a futuro la entronización de gobernantes que no tardan en convertirse en dictadores.***

*Con respecto al tema que nos ocupa, relativo a pretender el amparo del derecho (en este caso DDHH), cuando se vulnera un derecho político o la estabilidad democrática, resulta que **los pretendientes de la reelección indefinida adujeron en su momento que este modo de gobierno era un derecho humano y no lo es, por cuanto el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no contiene explícita o implícitamente ninguna consideración al respecto.***

La Corte Interamericana de Derechos Humanos recibió a finales de 2019, una solicitud de opinión consultiva por parte de Colombia sobre el asunto concreto que hemos abordado. A tal efecto, fue convocada una audiencia pública con la participación de letrados y juristas en condición de amicus curiae para nutrir con sus valiosas opiniones las sesiones respectivas. Al final, la Comisión fue rotunda al calificar como "...un riesgo para la democracia" la extensión de los períodos presidenciales..." dictaminando además que "...no existe un derecho a la reelección indefinida en el ámbito del sistema interamericano y, por el contrario, como se indicó, períodos extensos del ejercicio de la presidencia ponen en riesgo el ejercicio de la democracia representativa..." (6)

Conclusión

El ejercicio de los derechos fundamentales tiene límites cuando se pretende actuar al amparo de su tutela, vulnerando las normas y los principios legalmente establecidos.

Cada caso merece un estudio pormenorizado de los supuestos de hecho que configuran la conducta irregular que a la postre se condena.

Del mismo modo, cada causa exige por separado sopesar las opiniones y los argumentos que las sustentan, a favor o en contra de una determinada pretensión.

De este debate constante, se nutre y enriquece en el proceso de cambio, la aplicación del derecho cuyas nuevas tendencias y consideraciones, se hallan plasmadas en la jurisprudencia.

Lo que no puede hacer el Derecho, es convalidar proceder es cuando, luego de estudiado el caso concreto, resulta inestimable invocar el amparo de un derecho fundamental como justificación de una conducta delictiva.

Referencias

- 1.- Nota Informativa No.115-2020 emanada del Tribunal Constitucional. www.tribunalconstitucional.es
- 2.-https://www.abc.es/espana/abci-tribunal-constitucional-concluye-libertad-expresion-no-ampara-ultrajes-bandera-202012151537_noticia.html
- 3.https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_115/2018-1691STC.pdf
4. Idem 3
- 5.- <https://www.elespectador.com/colombia2020/opinion/es-la-reeleccion-presidencial-indefinida-un-derecho-humano/>
6. <https://www.semana.com/mundo/articulo/no-existe-un-derecho-a-la-reeleccion-indefinida-cidh-al-dejar-clara-su-posicion/202057/>

Abogado César Enrique López Bacaicoa.

**Miembro del Comité Coordinador de la
Comisión Iberoamericana de Relaciones Diplomáticas,
Protocolares y Gremiales de la
Asociación Juristas de Iberoamérica (ASJURIB)
Jurista y Ciudadano Iberoamericano**