



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía
del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de
México
México

VOTO DE MINORÍA QUE FORMULAN EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ Y EL MINISTRO
JUAN N. SILVA MEZA EN EL A. R. 2676/2003 (QUEJOSO: SERGIO HERNÁN WITZ RODRÍGUEZ),
FALLADO POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE EN SU SESIÓN PÚBLICA DE 5 DE
OCTUBRE DE 2005.

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 24, abril, 2006, pp. 201-217
Instituto Tecnológico Autónomo de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363635646013>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**VOTO DE MINORÍA QUE FORMULAN EL MINISTRO
JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ Y EL MINISTRO JUAN N.
SILVA MEZA EN EL A. R. 2676/2003 (QUEJOSO: SERGIO
HERNÁN WITZ RODRÍGUEZ), FALLADO POR LA PRIMERA
SALA DE LA SUPREMA CORTE EN SU SESIÓN PÚBLICA
DE 5 DE OCTUBRE DE 2005.***

La Primera Sala emitió el pasado cinco de octubre una resolución que incide en la delimitación del ámbito de protección que tiene en nuestro país uno de los derechos humanos más básicos: la libertad de expresión. Y lo ha hecho de un modo que, a nuestro juicio, refleja un entendimiento equivocado del contenido y alcance de dicho derecho, así como de la manera en que un Estado democrático puede condicionar su libre ejercicio mediante normas de rango legal y, en particular, mediante normas de naturaleza penal.

Las libertades fundamentales a expresarse y a publicar escritos

Como es generalmente aceptado, la libertad de expresión es uno de los derechos que radican en el núcleo mismo del Estado democrático de derecho. Testimonio de ello es su consagración en los principales instrumentos internacionales de derechos de los que México es parte, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 19) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13). Dicha libertad contiene una primera faceta esencialmente negativa e individual, desde la que destaca su condición de derecho que impone al Estado el deber de no interferir en la actividad expresiva de los ciudadanos, y que asegura a estos últimos un importante espacio de creatividad y desarrollo individual. Pero la libertad de expresión e imprenta goza también de una vertiente pública, institucional o colectiva

* Los autores agradecen a Francisca Pou y al resto de sus respectivos equipos de trabajo su colaboración en el proceso de estudio y discusión de este caso.

de inmensa relevancia. Tener plena libertad para expresar, difundir y publicar ideas es imprescindible no solamente para poder ejercer plenamente otros derechos fundamentales como el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el derecho de petición o el derecho a votar y ser votado, sino que constituye además un elemento funcional de esencial importancia en la dinámica de una democracia representativa.

En efecto: 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. En otras palabras, cada vez que un tribunal decide un caso de libertad de expresión o imprenta, está afectando no solamente las pretensiones de las partes en un litigio concreto, sino también el grado al que en un país quedará asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto, todo ello condición indispensable para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. Así lo ha destacado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en numerosos informes, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete primario de instrumentos internacionales que nos vinculan, en casos entre los que destaca la opinión consultativa 5/85. En esta resolución, la Corte Interamericana destacó lo siguiente:

...cuando la libertad de expresión de una persona es restringida ilegalmente, no es sólo el derecho de esa persona el que se está violando, sino también el derecho de los demás de “recibir” información e ideas. En consecuencia, el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales, que evidencian por el doble aspecto de la libertad de expresión. Por una parte, requiere que nadie se vea limitado o impedido arbitrariamente de expresar sus propios pensamientos. En ese sentido, es un derecho que pertenece a cada persona. En su segundo aspecto, por otra parte, implica un derecho colectivo a recibir cualquier información y de tener acceso a los pensamientos expresados por los demás.

La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Resulta Indispensable para la formación de la opinión pública. También constituye una *conditio sine qua non* para el desarrollo de los partidos políticos, los gremios, las sociedades científicas y culturales y, en general, de todos los que desean influir al público. En resumen, representa la forma de permitir que la comunidad, en el ejercicio de sus opciones, esté suficientemente informada. En consecuencia, puede decirse que una sociedad que no está bien informada no es verdaderamente libre.¹

Esta relación entre libertad de expresión y práctica democrática, así como la idea de que la misma confiere un “plus” a la primera, cuando su ejercicio interactúa con otros derechos y bienes que los órganos jurisdiccionales no pueden obviar, está en el centro de lo que podemos llamar la “teoría estándar de la libertad de expresión”, que es aplicada y salvaguardada por las Cortes constitucionales de los Estados democráticos y de derecho de nuestro tiempo.

Es importante subrayar que el derecho que nuestra Constitución Federal garantiza no es simplemente un derecho a expresarse, sino un derecho a expresarse *libremente*. La libertad de expresión, en otras palabras, protege al individuo no solamente en la manifestación de ideas que comparte con la gran mayoría de sus conciudadanos, sino también de ideas impopulares, provocativas o, incluso, aquellas que ciertos sectores de la ciudadanía consideran ofensivas. La libertad de expresión es, en muchos sentidos, un derecho al disenso, y esta dimensión dota de pleno sentido al hecho de que la Constitución Federal la consagre como un derecho fundamental que, como es sabido, es una figura jurídica cuya razón de ser es la salvaguarda del individuo frente a la decisión de las mayorías. Los derechos tienen por naturaleza un carácter contramayoritario que obliga a desvincular su contenido y alcance protector de las opiniones y determinaciones tomadas por las mayorías en un cierto momento histórico.

Hay que precisar, asimismo, que las libertades de expresión e imprenta protegen de manera especialmente clara y enérgica el derecho del individuo a expresar sus ideas en materia *política*. El discurso político está más directamente relacionado que otros –por ejemplo, el discurso

¹ Opinión consultiva de trece de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (OC-5/85, Serie a, número 5, párrafos 30 y 70).

de la publicidad comercial— con la función pública e institucional de la libertad de expresión. Por lo tanto, la protección de su libre difusión resulta especialmente relevante para que la libertad de expresión cumpla cabalmente con su posición estratégica de cara a la formación de la opinión pública, dentro del esquema estructural de funcionamiento de la democracia representativa.

Lo anterior no significa que las libertades de expresión e imprenta no tengan *límites*. Como cualesquiera otros derechos, no son libertades ilimitadas. La Constitución Federal realiza una enumeración explícita de cuáles son aquéllos. Al respecto, es digno de ser destacado que la redacción del texto constitucional obliga claramente a hacer una interpretación estricta de tales restricciones.² Así, el artículo 6° tiene una redacción que privilegia y destaca la imposibilidad de someter la manifestación de ideas a inquisiciones de los poderes públicos —“la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa”—, mientras que las limitaciones al derecho se presentan como excepción a un caso general —“sino en el caso de que...”.

Es necesario precisar, además, que aun cuando del tenor literal del artículo 6° parece desprenderse que sólo las autoridades jurisdiccionales o administrativas están sujetas a la prohibición establecida, si entendemos correctamente la función de los derechos fundamentales podemos fácilmente concluir que el legislador es, desde luego, un destinatario pasivo tácito de la misma. Lo anterior no es una cuestión de simple simetría, sino que obedece al hecho de que sólo bajo una interpretación de esa especie es posible el cumplimiento integral de las funciones de este tipo de derechos en nuestro orden jurídico. Es claro que, dada la estructura de nuestro ordenamiento jurídico, las mencionadas autoridades jurisdiccionales y administrativas sólo podrían realizar las inquisiciones a las que se refiere el artículo 6° con una cobertura legal previa, con lo cual se sobreentiende que el legislador se encuentra constitucionalmente impedido para proveerla.

² El artículo 6° establece que “[l]a manifestación de 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”; el primer párrafo del artículo 7°, por su parte, establece que “[e]s inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento de delito”.

En la redacción del artículo 7º, la intención de contener dentro de parámetros estrictos las limitaciones a la libertad de expresión, es todavía más clara: así, se dice que la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia es “inviolable”, y que “*ninguna* ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni *coartar* la libertad de imprenta, que *no tiene más límite* que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. *En ningún caso* podrá secuestrarse la imprenta como un instrumento de delito” (énfasis añadido). Todas las expresiones subrayadas, son claramente indicativas de la importancia que el Constituyente atribuyó a consagrar del modo más enérgico la libertad de imprenta y someterla a límites *tasados* y directamente especificados por la Constitución Federal.

No hay duda de que el legislador puede dar especificidad a los límites a las libertades de expresión e imprenta contemplados de manera genérica en la Constitución, y de que el Código Penal no puede ser, *prima facie*, excluido de los medios de los que puede valerse a tal efecto. Sin embargo, tampoco es dudoso que la labor del legislador penal debe poder cohonestarse en todos los casos con unas previsiones constitucionales que no dan carta blanca a las autoridades públicas a la hora de desarrollar y concretar los límites a los mismos, sino que les obligan a examinar de modo muy cuidadoso los casos en que la libertad de expresión entra en conflicto con bienes jurídicos o derechos que la Constitución configura como límites a la misma y a ponderar sus diversas exigencias. De lo contrario, se pondría en riesgo el carácter suprallegal de los derechos fundamentales y se otorgarían atribuciones extraordinarias al legislador ordinario, representante de ciertas mayorías históricas y, por ende, contingentes.

Toda actuación legislativa que efectúe una limitación a los derechos de libre expresión e imprenta, con la pretensión de concretar los límites constitucionales previstos debe, por tanto, respetar escrupulosamente el requisito de que tal concreción sea necesaria, proporcional y por supuesto compatible con los principios, valores y derechos constitucionales. El cumplimiento de estos requisitos es especialmente importante cuando dichos límites son concretados mediante el derecho penal que, como es sabido, es el instrumento de control social más intenso con el que cuenta el Estado, lo cual exige que su uso esté siempre al servicio de la salvaguarda de bienes o derechos con protección constitucional clara.

Será obligado, pues, considerar constitucionalmente ilegítimas aquellas determinaciones legislativas que afecten el ejercicio del derecho a la libre expresión de un modo que demuestre claramente que el legislador se ha apartado de su obligación de equilibrar de una manera proporcionada las exigencias que derivan de este derecho, con las exigencias de resguardar los bienes y derechos mencionados, por vía de limitación, en los artículos 6° y 7° de la Constitución, cuyo alcance, hay que subrayarlo también, debe delimitarse a la luz de la totalidad de las disposiciones constitucionales.

La inconstitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal

En este contexto, el delito tipificado en el artículo 191 del Código Penal Federal no puede considerarse, a nuestro entender, una concreción constitucionalmente legítima de los límites constitucionales a la libertad de expresión e imprenta –los cuales, haciendo una interpretación conjunta de lo establecido en los artículos 6° y 7°, se concretan en la necesidad de no atacar la moral, los derechos de tercero (y en especial la vida privada), no provocar algún delito y no perturbar el orden público o la paz pública.³

Empecemos por la necesidad de que el ejercicio de la libertad de expresión no “ataque la moral”. No cabe duda que el concepto de moral tiene una carga emotiva y una dimensión valorativa muy grandes, y que difícilmente podrá desprenderse de su condición de concepto esencialmente controvertido. Ello no significa, sin embargo, que sea imposible darle concreción a los efectos de la interpretación constitucional. Lo que sí es claro, es que dicha concreción no puede venir dada por lo dispuesto, por ejemplo, por la Ley sobre Delitos de Imprenta publicada el doce de abril de 1917, frecuentemente invocada en el contexto de las discusiones sobre la libertad de expresión: si lo que queremos es interpretar el significado de los límites constitucionales del legislador (entre otras autoridades) en materia de la libertad de expresión, es obvio que no podemos delegarle a él la definición de tales límites, pues ello

³ El artículo 191 del Código Penal Federal dispone que “[a]l que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicará de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos o ambas sanciones a juicio del juez”.

lo convertiría en un sujeto que decide acerca de la constitucionalidad de sus actos, en lugar de que la misma sea evaluada por un órgano jurisdiccional a la luz de lo dispuesto en la Carta Magna.

La resolución del presente caso, sin embargo, no nos obliga a proporcionar una definición exhaustiva del término “moral”, sino más sencillamente a precisar lo que *no* puede entenderse comprendido en la mención que a la misma se hace en los artículos 6° y 7° de la Constitución. En este sentido, hay que afirmar que el término “moral” que la Constitución menciona como límite expreso a la libertad de expresión e imprenta, no puede hacerse coextensivo con la moral “social” de un grupo determinado, esto es, no puede identificarse con el conjunto de normas culturales que prevalecen en una sociedad y en una época determinadas, plasmadas en sus costumbres, tradiciones y estados de opinión más extendidos. El término “moral” mencionado en los artículos constitucionales que nos ocupan, debe entenderse de un modo muy restrictivo como equivalente de la moral “pública”, esto es, el núcleo de convicciones básicas y fundamentales sobre lo bueno y lo malo prevalecientes en un determinado núcleo social, sin que puedan incorporarse dentro de esta categoría juicios sobre las más variadas cuestiones que acontecen socialmente.

Si se interpreta el término “moral” de modo más extenso, se convierte en una cláusula con un evidente potencial para desnaturalizar la libertad de expresión, en vez de simplemente limitarla. De poco serviría en la realidad la garantía de la libertad de expresión e imprenta protegida como derecho fundamental por la Constitución Federal, si los individuos sólo pudieran ejercerla hasta el límite de no contrariar la moral social imperante en la comunidad en la que viven, la cual, como es sabido, incluye a menudo creencias totalmente incompatibles con el necesario respeto a los derechos fundamentales de todas las personas, e intolerantes con el pluralismo ideológico, político y filosófico inherente a las sociedades modernas. De nuevo, hay que subrayar que sería imposible proteger la vigencia de un derecho fundamental entendido como un derecho individual al disenso, si el término “moral” se definiera de un modo no estrictamente condicionado por la necesidad de fomentar el pleno ejercicio de las libertades individuales fundamentales y el desarrollo desinhibido de la vida democrática.

El delito tipificado por el artículo 191 del Código Penal Federal no supera, desde esta perspectiva, el escrutinio constitucional. La bandera

y el escudo nacional son objetos materiales a los que muchas personas atribuyen un significado simbólico relacionado, de un modo no siempre fácil de aprehender, con sus convicciones políticas y con aquellos elementos que, estiman, dotan a la sociedad de cohesión. Sin embargo, en la medida en que el legislador ha emitido una norma penal cuyo indeterminado alcance incide y limita el *significado político* de la bandera —al tipificar un delito que castiga a aquel que “ultraje” el escudo de la república o el pabellón nacional—, va mucho más allá de cualquier entendimiento razonable de lo que puede estimarse cubierto por la necesidad de preservar la moral pública. Un delito así concebido afecta directamente el núcleo protegido por la libertad de expresión, en el que se encuentra, como ha quedado señalado anteriormente, la libertad de expresar libremente las propias convicciones en cualquier materia, y de modo especial en materia política.

El artículo 191 impone a todos los individuos el deber de aceptar el significado simbólico de ciertos objetos tal y como es formulado por ciertos sectores sociales, así sean estos mayoritarios, coartando con ello la capacidad de los individuos de atribuir a dichos objetos un significado simbólico diferente. Dicho precepto legal legitima la imposición de una pena para todos aquellos que se atrevan a disputar o desconocer, de palabra o de obra, en público o en privado, el significado simbólico que las mayorías le otorgan a ciertos objetos. El efecto del artículo examinado es obligar a los individuos a no controvertir, en ningún caso, ciertas convicciones políticas, y no simplemente asegurar la protección del núcleo de convicciones morales sobre lo bueno y lo malo, básicas y fundamentales, de una sociedad, haciendo nugatorio el derecho fundamental a la libre expresión y la base del pluralismo político que nuestra Constitución garantiza al más alto nivel.

Hay ciertamente muchas maneras de entender la moral y muchas maneras de entender qué es lo debido, correcto y conveniente en materia política, y sin duda el debido respeto a la moral impone ciertas restricciones a lo que puede decirse y hacerse en materia política. Sin embargo, el marco constitucional que nos rige no autoriza que estas restricciones morales sean entendidas de modo que permitan imponer a los individuos, bajo amenaza de sanción penal, qué significado político simbólico deben atribuir a ciertos objetos, porque ello equivaldría a despojar de toda significación a las libertad de expresión e imprenta constitucionalmente protegidas.

No soslayamos, en conclusión, que el escudo y el pabellón nacionales son, ciertamente, objetos dotados de un alto contenido simbólico para un número importante de mexicanos. Que ello sea así, sin embargo, en modo alguno significa que todos y cada uno de los ciudadanos mexicanos deban, bajo amenaza de sanción penal, conferirle un valor simbólico idéntico, o un valor simbólico invariablemente positivo. Precisamente por las posibles diferencias existentes en la consideración que se otorga a tales objetos, hay que reconocer que la amenaza de sanción penal a quienes no adopten los símbolos de la mayoría o, al menos, les confieran un valor diverso, no es aceptable en nuestro orden jurídico; estas manifestaciones de diferencia constituyen el contenido esencial de la libertad de expresión y, por tanto, la discrepancia en el significado simbólico no puede dar lugar a un ataque a la moral pública. Ver en las diferencias de entendimiento o valoración de ciertos símbolos un ataque a la moral que justifique una restricción a la libertad de expresión, es tanto como abogar por la imposición de una homogeneidad social moralizante y una particular visión nacionalista, lo cual es claramente incompatible con el avance hacia la sociedad abierta y democrática que nuestra Constitución postula.

En cuanto al límite consistente en la necesidad de respetar los “derechos de terceros” y, en especial, su derecho a la privacidad, nos parece también claro que no puede aplicarse en casos relacionados con la bandera nacional. Los derechos cuyo respeto puede justificar limitaciones a las garantías constitucionales descritas, 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, pues de otro modo se desconocerían las exigencias del texto constitucional sistemática y coherentemente interpretado. A la luz de esta consideración, es claro que la Constitución mexicana no otorga, ni explícita ni implícitamente, a ningún individuo o colectivo, un “derecho fundamental a la bandera” —esto es, un derecho subjetivo a que la bandera sea debidamente venerada—, como es igualmente claro que tampoco puede pensarse que la bandera en sí misma sea titular de derechos fundamentales. En una democracia liberal, sólo las personas son titulares de derechos fundamentales, y ello es uno de los rasgos que distinguen radicalmente a este tipo de sistema político de los regímenes totalitarios que tantas veces han instrumentalizado

a la persona y a sus derechos básicos en aras de proteger o engrandecer objetos o entidades supraindividuales.

En cuanto al límite consistente en evitar la “provocación de algún delito” mediante el ejercicio de la libertad de expresión e imprenta, es igualmente claro que no es el objeto al servicio del cual el legislador penal estableció el artículo 191 del Código Penal Federal. La Constitución Federal prescribe acertadamente la necesidad de limitar la libertad de expresión cuando la misma se use para incitar al odio, hacer daño a los demás, cometer delitos, o hacer apología pública de actos delictuosos. En los casos concretos, trazar la línea entre aquellas expresiones que caen bajo el ámbito protegido por la libertad de expresión y aquellas que pueden calificarse de incitación a la comisión de delitos, es una operación no siempre fácil, que no precluye la aparición de casos dudosos situados en la zona de penumbra entre los dos ámbitos citados. Sin embargo, al nivel de interpretación constitucional de la ley en el que se sitúa la labor de esta Suprema Corte, es fácil concluir que el delito tipificado por el artículo 191 no tiene por objeto evitar que la gente salga a las calles a invitar a los demás a delinquir y causar daños. El objeto central del delito contemplado en tal artículo es, por el contrario, sustraer del ámbito de lo optativo para los individuos a ciertas ideas en materia política.

En el contexto de nuestro ordenamiento, nada autoriza a los particulares a incitar a la realización de actos delictuosos en los que por alguna razón se haga intervenir a la bandera o al escudo nacional. Sin embargo, tales actos podrán ser en todo momento perseguidos de conformidad con lo dispuesto por otras disposiciones de nuestro orden jurídico, sin que necesiten de una previsión legal que, como el artículo 191 del Código Penal Federal examinado, se proyecta de hecho sobre comportamientos individuales de naturaleza radicalmente distinta.

Finalmente, tampoco puede sostenerse que el delito de ultraje a la bandera o al pabellón nacional, queda cubierto por el límite de que el ejercicio de la libertad de expresión no “perturbe el orden público”. La mención al concepto de “orden público”, en el contexto de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, tiene un referente esencialmente fáctico, extremo que queda confirmado por el uso de la expresión “perturbar” el orden público en el artículo 6° de la Constitución, y por el hecho de que el artículo 7° emplea la expresión “paz” pública. Ello significa que lo que con la Constitución se quiere evitar

son los alborotos y las alteraciones graves a la paz pública que redunden en daños directos a las personas o las cosas.

Es difícil, desde esta perspectiva, considerar al delito tipificado en el artículo 191 del Código Penal Federal sea un instrumento al servicio del mantenimiento del orden público, porque ello significaría tanto como presumir, *ex ante*, que ciertas modalidades de ejercicio del derecho a la libertad de expresión e imprenta, ocasionarán una alteración de la paz pública, presunción que resulta incompatible con una postura comprometida con la plena vigencia de los derechos fundamentales. Si el ejercicio de la libre expresión provoca o no una alteración a la paz y al orden público es algo que, en un Estado democrático de derecho, sólo puede precisarse *ex post* y a la luz de las pruebas sobre lo sucedido en un caso concreto, sin que sea legítimo usar el Código Penal para realizar conclusiones apriorísticas al respecto. De nuevo, hay que decir que las alteraciones al orden público debidamente acreditadas, podrán legítimamente tratarse en procesos orientados a establecer la comisión de delitos cuyo objeto específico es evitarlas.

Es cierto que, junto con la interpretación fáctica de la expresión “orden público” a la que nos acabamos de referir, es posible hacer una interpretación normativa de la misma, caso en el cual se entendería como una referencia al conjunto de bienes y derechos de los que el Constituyente se erige en garante y expulsa del ámbito de lo disponible por los individuos. Si este fuera el sentido que se le quisiera dar a la expresión “orden público” en el artículo 6° constitucional –lo cual pugnaría en algún grado con los resultados de una interpretación sistemática de este artículo con el 7°–, habría que reproducir en este punto lo que hemos señalado al referirnos a la noción de moral pública: toda noción de orden público cuya delimitación no esté presidida por el objetivo de fomentar la plena vigencia de los derechos fundamentales individuales y el respeto a los bienes constitucionalmente protegidos, se convierte en un instrumento que, lejos de dar efectividad a los valores superiores de un Estado democrático de derecho, se convierte en una seria amenaza al mismo.

Desde esta perspectiva, hay que destacar que la Constitución Federal no incluye a la bandera y el escudo entre los bienes constitucionalmente valorados y protegidos. La Constitución menciona en algunos puntos a los símbolos patrios, pero ello no permite considerarlos “bienes constitucionalmente protegidos”, situados a un nivel comparable al

de los derechos fundamentales individuales. Las referencias textuales son reveladoras al respecto.

El artículo 3°, primeramente, menciona como uno de los variados objetivos que debe perseguir la educación en nuestro país la de “fomentar, simultáneamente, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional en la independencia y en la justicia”, objetivos que posteriormente se desglosan en una serie de apartados que revelan el compromiso de nuestra Constitución con los principios que sustentan la democracia liberal (libertad, igualdad, solidaridad, laicidad, pluralismo, defensa de la razón y del progreso científico) y con la premisa, también definitoria del Estado liberal democrático, según la cual el único modo en que el Estado puede intervenir en la conformación de las creencias de los individuos es mediante la educación. La tesis de esta Suprema Corte que algunos de los Ministros que han conformado la mayoría han sacado a colación, refleja precisamente que en el contexto de nuestro ordenamiento no existe un derecho fundamental a recibir una educación absolutamente ajena al afán de *fomentar* el amor a la patria.⁴ Sin embargo, sí existe un derecho fundamental a que, *en otros contextos*, los ciudadanos no puedan ser *obligados* a sentir amor por la patria (o más exactamente, por los objetos que tradicionalmente la han simbolizado), bajo amenaza de una sanción penal que puede acarrear incluso la pérdida de su libertad. Lo que el Estado quizá puede hacer por la vía de la educación, no puede hacerlo mediante su instrumento más virulento y delicado —el derecho penal— cuando ello se dirige, además, no a colectivos que guardan con el Estado una relación de especial sujeción (como los militares o los funcionarios públicos civiles) sino al común de los ciudadanos, y lo que está en juego es preservar algún tipo de significación para los derechos fundamentales constitucionales a expresarse y a publicar escritos de modo libre.

Por otra parte, también nos parece digno de mención el que la fracción XXIX-B del artículo 73 de la Constitución Federal sea una norma de naturaleza competencial que otorga al Congreso la facultad para “legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo e himno na-

⁴ Véase la tesis jurisprudencial 41/94 de la Cuarta Sala de la Octava Época, visible en la página 20 del tomo 82 del Semanario Judicial de la Federación, de rubro “TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. ES JUSTIFICADO EL CESE DE UN PROFESOR QUE SE ABSTIENE DE RENDIR HONORES A LA BANDERA NACIONAL Y ENTONAR EL HIMNO NACIONAL.

cionales”, renunciando de este modo a otorgar categoría constitucional a los símbolos nacionales, o a su valor. Sin dejar de tener presente que las normas de competencia no delimitan por sí mismas el alcance de los poderes y atribuciones de las autoridades públicas, pues este alcance debe ser siempre el resultado de conjugar las mismas con aquellas disposiciones constitucionales cuyo objeto es sentar límites o condiciones al proceder de los poderes públicos –disposiciones constitucionales entre las que se encuentran, de modo paradigmático, las que garantizan derechos individuales–, nos parece que los términos en los que se concreta la competencia (legislar sobre las “características y uso” de la bandera) son en sí mismos indicativos del alcance que legítimamente puede tener la acción del Congreso en este ámbito, pues remiten a la determinación de las características externas, materiales y gráficas de la bandera, y a la regulación de sus usos institucionales u oficiales.⁵

Hay una última alusión constitucional a los símbolos patrios nacionales en el artículo 130 que confirma que las opiniones que uno tenga sobre los mismos son inescindibles de las opiniones y convicciones en materia política. Como evidencia su texto, el artículo 130 da concreción al principio histórico de separación entre el Estado mexicano y las iglesias. En congruencia con este marco general, el apartado d) de ese precepto limita los derechos políticos de los ministros del culto, así como la posibilidad de que los ciudadanos desarrollen actos que mezclen lo

⁵ La revisión de los trabajos parlamentarios que condujeron a la inserción, en mil novecientos sesenta y siete, de tal fracción en el artículo 73 de la Constitución Federal –la iniciativa presentada por el senador Barrera Fuentes; el dictamen que en la Cámara de Senadores recayó sobre la misma, y que la prefirió sobre la iniciativa presentada por el senador Murillo Vidal, que proponía la inclusión de los símbolos nacionales en el texto constitucional; los debates desarrollados en el seno de las dos Cámaras– evidencia que los reformadores actuaron movidos por la inquietud que les provocaba la heterogeneidad de representaciones y materializaciones de la bandera y del escudo nacional que la ausencia de una regulación adecuada al efecto había propiciado, y que se inclinaron conscientemente por no otorgar categoría constitucional a los símbolos patrios, relegando su disciplina al ámbito de la legislación ordinaria, en atención al peso que concedían a la imposibilidad de imponer, por imperativo constitucional, el significado que los ciudadanos debían atribuirles. La Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el ocho de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro, se ciñe a esta intención constituyente al regular las características físicas o estéticas de la bandera en su artículo 3º y los detalles de su uso y difusión institucionales en los artículos 7 a 37, que pormenorizan la manera en que debe ser plasmada en material oficial (sellos, papel, vehículos, medallas y similares), las instituciones y ocasiones y fechas en la que puede o debe ser exhibida o usada, o el modo en que debe ser empleada en actos oficiales de carácter internacional.

religioso y lo político.⁶ Estas previsiones exceptúan o limitan los derechos fundamentales de una categoría de personas –los ministros del culto– o de todos los ciudadanos en una dimensión muy particular –la de formar agrupaciones políticas cuyo título incluya alguna referencia religiosa y la de congregarse en templos para celebrar reuniones de carácter político– en aras de proscribir, al máximo nivel normativo, la interferencia entre los asuntos religiosos y los políticos. En esa medida, la mención a los símbolos patrios resulta, en cierta medida, imprescindible: es necesario exceptuar explícitamente a los ministros del culto de la posibilidad de expresar libremente sus opiniones acerca de los símbolos patrios, precisamente porque la regla general constitucional es que ello está implícito en la libertad de expresión de las propias opiniones políticas. Es necesario realizar una exclusión específica porque, en ausencia de la misma, lo que las previsiones constitucionales reflejan es que la libertad de conciencia, de expresión, de publicación de escritos, así como el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, incluye la libertad de cuestionar el significado y el valor que las mayorías atribuyen a los símbolos patrios.

De nuevo, es preciso subrayar que tenemos muy presente que muchas personas incluyen a la bandera nacional dentro del conjunto de elementos constitutivos del imaginario colectivo del país, con aquello que cohesiona a la sociedad y conforma en cada individuo cierta versión de la historia del país. Todo Estado cuenta con elementos con gran carga simbólica que funcionan como mecanismos de cohesión social y ciudadana –aunque, es importante subrayarlo, en los Estados multinacionales y en aquellos que son pluriculturales, estos elementos no tienen casi nunca un significado simbólico unívoco, y la cohesión social y ciudadana se articula en torno a elementos muy distintos de los que tradicionalmente han fungido como símbolos del Estado-nación: un himno, una bandera, un escudo–. El Estado puede incluso, lo hemos subraya-

⁶ Este apartado establece que los “ministros no podrán asociarse con fines políticos, ni realizar proselitismo a favor o en contra de un candidato, partido, o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos de culto o en propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios”; “[q]ueda estrictamente prohibida”, añade el siguiente párrafo, “la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que se relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político”.

do, adoptar ciertas medidas tomando en consideración la existencia de estos símbolos, como por ejemplo, dictar una ley que regula sus características y su uso institucional, o dar cierta orientación a los materiales educativos.

Lo que es, sin embargo, claramente incompatible con nuestro marco constitucional, es que el Estado (en este caso el legislador) decida defender “hasta las últimas consecuencias” —esto es, mediante el uso del derecho penal— este icono simbólico mayoritario, sacrificando derechos fundamentales de los individuos que, a diferencia de la bandera, sí están protegidos por la Constitución. Como un juez de la Corte Suprema estadounidense dijo en cierta ocasión, utilizar el derecho penal para “defender la bandera” contradice la idea misma de libertad que la bandera representa. La operación simbólica de ver en una bandera un emblema del Estado democrático de derecho en el que se pretende vivir, se convierte en algo totalmente hueco si el derecho penal impide la plena vigencia del derecho de cada individuo a manifestar libremente sus opiniones en materia política.

No es ocioso concluir estos razonamientos con una reflexión acerca de la pena contemplada por el artículo examinado. Las personas que realicen la conducta tipificada por el artículo 191 del Código Penal Federal, serán condenadas a una pena de seis meses a cuatro años de prisión, o a una multa de cincuenta a tres mil pesos, o a ambas sanciones, a juicio del juez. Una previsión que permitiría, en este caso concreto, recluir al autor de un poema en una prisión hasta por cuatro años demuestra que el legislador no ponderó adecuadamente los elementos constitucionales relevantes y, en concreto, la necesidad de equilibrar los límites constitucionales a la libertad de expresión con el ejercicio verdaderamente libre de la misma. El uso de una expresión vaga —la noción de “ultraje” al pabellón o al escudo nacional—, aunada a la posible imposición de unas penas desproporcionadas, tiene un efecto especialmente negativo sobre el ejercicio de la libertad de expresión. —con independencia de los defectos que puedan achacársele desde la perspectiva que toma en cuenta las exigencias del principio de legalidad en materia penal—. Si los ciudadanos de este país abrigan algún tipo de duda acerca de si su comportamiento puede o no ser incluido por las autoridades bajo la amplia noción de “ultraje” a la bandera nacional, renunciarán a ejercer su derecho a la libre expresión del modo desenvuelto

que es propio de una democracia consolidada y se refugiarán en la autocensura.

Conclusión

De los argumentos desarrollados se desprende, en conclusión, que el artículo 191 del Código Penal Federal ha de considerarse violatorio de la libertad de expresar ideas y escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Dicho precepto posibilita la sanción de conductas que no pueden relacionarse con la necesidad de evitar perturbaciones al orden o a la paz pública, ni de evitar que la gente incite a la comisión de delitos, ni con la necesidad de proteger la moral y los derechos de los terceros. La pretensión del legislador de imponer, mediante un instrumento que en un Estado democrático es siempre de *ultima ratio* —el derecho penal—, significados simbólicos ligados esencialmente a las convicciones políticas de los individuos, desconoce la libertad fundamental de expresar ideas que en dicho ámbito les atribuye la Constitución Federal.

Por todo ello, estamos en contra de la resolución apoyada por la mayoría. Lo que nos correspondía determinar como Primera Sala de la Suprema Corte, no podemos olvidarlo, no es si el señor Witz escribió un buen o un mal poema, o si nosotros diríamos de la bandera nacional lo mismo que él dice. Lo que nos competía determinar es aquello que una persona tiene derecho a decir en México sin sufrir una persecución penal que lo marca de por vida y que lo puede llevar incluso a la cárcel. Lo que nos correspondía, en definitiva, era garantizar el ámbito de protección de un derecho fundamental y emitir una resolución que diera plena operatividad práctica a lo que nuestra Constitución establece, otorgando plena vigencia a los derechos civiles de los ciudadanos, elemento sobre el cual debe apoyarse la construcción de la democracia que nuestra Constitución prevé. Ello nos obligaba a amparar al quejoso contra el artículo 191 del Código Penal Federal, como medida imprescindible para salvaguardar el núcleo de su derecho a expresarse libremente en nuestro país, y a difundir las propias ideas mediante la publicación de escritos.

Amparar al quejoso en esta instancia no implicaba —es importante subrayarlo— hacer una declaración general de inconstitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal, ni expulsarlo definitivamente del

ordenamiento jurídico. Como es propio del juicio de amparo en nuestro sistema jurídico, mediante el cual no se ejerce un control de constitucionalidad de la ley con efectos *erga omnes*, sino *inter partes*, esto es, para el caso concreto y no de manera abstracta, el delito de ultraje a los símbolos patrios se mantendría en el Código Penal y podría constituir el parámetro para perseguir penalmente las conductas que así lo ameriten. En un caso como el que hemos debatido, sin embargo, en el cual está en juego la preservación del contenido esencial de la libertad de expresión (pues escribir poemas es quizá la manifestación más clásica y menos controvertida de esta libertad), el respeto al orden constitucional obligaba a esta Sala a declararlo inaplicable, pues el simple hecho de dejar la puerta abierta a un juez para que pueda utilizarlo para calificar penalmente la conducta del señor Witz implica legitimar una violación las libertades más básicas de este último.