



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Díaz Aldret, Octavio

Conjeturas acerca de la limitación a la libertad de expresión, por respeto a los símbolos patrios (caso
del poeta maldito)

Cuestiones Constitucionales, núm. 16, enero-junio, 2007, pp. 369-403

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501611>

- ▶ 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



Núm. 16, enero-junio 2007

CONJETURAS ACERCA DE LA LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, POR RESPETO A LOS SÍMBOLOS PATRIOS (CASO DEL POETA MALDITO)

Octavio DÍAZ ALDRET

Libertad significa tener el derecho de decirle a la gente lo que no quiere oír.

George ORWELL
(*La Rebelión de la Granja*)

El principio de libertad que bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial y como expresión de una profunda modificación en el sentimiento vital del hombre moderno, acusa un serio problema de divorcio entre Derecho Constitucional y realidad.

Konrad HESSE
Escritos de derecho constitucional

Lo jurídico, aprehendido bajo los rasgos de lo judicial —donde se dice el derecho—, ofrece al filósofo la ocasión de reflexionar sobre la especificidad del derecho, en su lugar propio, a medio camino entre la moral y la política.

Paul RICOER
Lo justo

Alegan que no pienso una sola palabra de las verdades que he sostenido y que mientras demostraba una proposición no dejaba de creer lo contrario. ¡Y ha de creerse que el arte de razonar sirve al descubrimiento de la verdad, cuando se lo ve empleado con éxito en la demostración de locuras!

Jean-Jacques ROUSSEAU
Narciso o el amante de sí mismo

I. ANTECEDENTES

En abril de 2001, la revista *Criterios* —de contenidos diversos (literarios entre otros) y de circulación local en el estado de Campeche— publicó en la página diecisiete del ejemplar número 44, el poema de Sergio Hernán Witz Rodríguez intitulado “Invitación (La Patria entre mierda)”.¹

Lo anterior provocó que el referido autor fuera sujeto a proceso a partir del 3 de octubre de 2002, por resolución del auto dictado por la juez segundo de Distrito en el estado de Campeche, en virtud de la probable comisión del delito de ultraje a las insignias nacionales; aquello fue el inicio de una travesía judicial cuyas instancias concluyeron cuando el 5 de octubre de 2005, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió confirmar la sentencia recurrida y negarle a Sergio Hernán Witz Rodríguez, el amparo y protección de la Justicia de la Unión solicitadas en contra del artículo 191 del Código Penal Federal.

Todas las resoluciones de las instancias procesales correspondientes le resultaron adversas a Witz Rodríguez; sin embargo, el ministro Cossío Díaz elaboró un proyecto de resolución en el cual proponía revocar la sentencia recurrida y otorgarle el amparo y protección de la justicia de la Unión; no obstante, el mismo fue desechado, pues de cuatro ministros más, solamente el ministro Silva Meza estuvo de acuerdo con el proyecto.

II. CONSIDERACIONES DE APROXIMACIÓN

La trascendencia que reviste la sentencia del caso popularmente conocido como del “poeta maldito”, es precisamente que establece un criterio para sustentar la aplicación de una sanción penal frente a una expresión escrita que es moral y socialmente reprobable, por considerar se ultrajan los símbolos patrios —que en el caso que nos ocupa, fue respecto de la bandera—.

Desde un plano técnico, el criterio aplicado sostiene que el artículo 191 del Código Penal, tiene el mismo rango constitucional que los artícu-

¹ Yo / me seco el orín de la bandera / de mi país, / este trapo sobre el que se acuestan / los perros / y que nada representa, / salvo tres colores / y un águila / que me producen / un vomito nacionalista / o tal vez un verso / LópezVelardiano / de cuya influencia estoy lejos, / yo, natural de esta tierra, / me limpio el culo / con la bandera / y los invito a hacer lo mismo: / verán a la patria / entre la mierda / de un poeta.

los 6o. y 7o., que consagran la libertad de expresión —con determinadas salvedades—, por lo que el referido artículo 191 prescribe un límite al ejercicio de la libertad de expresión, de tal forma que el mismo no es constitucional.

Desde el inicio de este controvertido asunto, mucho se ha escrito y dicho en favor de la libertad de expresión, algunos han llegado incluso al escarnio² de los ministros de la mayoría que impulsaron el criterio señalado; y si bien la defensa de los derechos humanos debe realizarse sin concesiones, en tratándose de decisiones jurisdiccionales —que generen polémica por la política jurídica aplicada—, nosotros pensamos que la vía idónea es la crítica constructiva, porque la descalificación puede cerrar los ánimos de autocrítica indispensables en un medio tradicionalmente conservador.

Es por ello, que de manera deliberada en el título del presente trabajo se utiliza el término “conjeturas”, ya que, precisamente, nuestros comentarios y reflexiones procuran reconstruir el asunto a partir de ciertos *indicios*, en los que, a nuestro parecer, no se ha abundado lo suficiente.³

Así las cosas, sería de utilidad comenzar por identificar cuáles son las preguntas que debemos plantear y el sentido de las mismas, a partir de los argumentos y las implicaciones de la sentencia en comento; con base en ello, inquirimos sí:

¿El marco jurídico es claro y determinante?

Pues más allá de detectar el fundamento de la disposición penal en cuestión, es importante detectar si la citada sentencia se desvió de los principios y valores que sustentan la intangibilidad de los derechos humanos.

¿La interpretación dada en la sentencia, se ajusta al sistema de las garantías individuales y la forma en que éstas operan?

En la línea de la duda anterior, pero de alcance más general, se trata de averiguar si como consecuencia de la decisión judicial se erosiona alguna “institución” de la Constitución.

2 A modo de “desfacedor de entuertos”.

3 Prevenimos al lector que las referencias a fuentes pueden resultar excesivas o de difícil acceso, nuestro afán es únicamente que el lector interesado pueda abundar o contrastar alguna de nuestras proposiciones o inferencias en textos de mayor autoridad.

¿Cuál es el valor máximo que encauza hoy por hoy las decisiones constitucionales en materia de derechos humanos?

El asunto no es entronizar un valor supremo que engulla y triture los demás valores, ni que vulnere la certeza jurídica, sino el de establecer una ecuación de la que se puedan derivar patrones de prácticas estables y permanentes en cierto tiempo.

Dar respuesta a lo anterior, requiere desde nuestro punto de vista —además de comenzar por divisar ¿cómo se ha abordado y evaluado el caso?, así como de reconocer ¿a qué teorías y precedentes se acudieron?—, indagar ¿cómo se ha procedido?, ¿por qué?, ¿qué se omitió?, y ¿cuáles son las consecuencias que todo ello acarrea? Todo esto, en gran medida, para comprender si, en este caso, la restricción punitiva a la libertad de expresión es o no adecuada y necesaria para proteger otros bienes o derechos, más allá de los formalismos y tecnicismos jurídicos correspondientes.

Si bien son demasiadas las preguntas planteadas y más las materias involucradas en cada una de ellas, es nuestra intención que con independencia de nuestro entendimiento y postura, cada lector formule —a partir de lo que iremos comentando— sus propias conclusiones considerando, claro está, las múltiples perspectivas que se pueden adoptar; y si bien, cada perspectiva tiene su sentido y razón de ser, ceñirse solamente a alguna deriva en una visión reduccionista,⁴ en donde se simplifican los factores que operan impidiendo así distinguir lo principal de lo accesorio.

Así las cosas, en la aproximación al asunto es nuestra intención tender hacia un enfoque que podríamos denominar holístico, ya que el esfuerzo se orienta a:

- a) Comprender el contexto, para poder percibir y ponderar las contradicciones que se dan entre la justicia, la legalidad, la legitimidad,

⁴ Habermas ha expresado que los conceptos filosóficos básicos no constituyen un lenguaje propio, y que la materia abordada por la filosofía del derecho requiere de un procedimiento pluralista —en lo referente a los métodos— que opere desde las perspectivas que representan la teoría del derecho, la sociología y la historia del derecho y la teoría moral. Habermas, Jürgen, *Factualidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (introducción y traducción Manuel Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998, pp. 57 y 58.

las tradiciones, la moral, las convenciones sociales y el orden públicos y la libertad.⁵

- b) Inferir cuáles son los valores en juego y la prelación entre ellos, a partir de la configuración jurídica del entramado constitucional de protección a los derechos humanos.
- c) Detectar otros factores a los considerados por la sentencia, que posibilite discernir cuál sería la solución más razonable, que resulte eficaz y apropiada; en la inteligencia que las soluciones no deben satisfacer sólo a quienes las emiten, sino que las mismas deben resolver los reclamos de justicia que la sociedad plantea.

La cuestión es afrontar las situaciones contemporáneas y tratar de racionarlas; ello implica que no se busquen únicamente explicaciones formales, sino que se comprendan las inconsistencias jurídicas, políticas, sociales y culturales que la historia manifiesta, dialécticamente, de forma concreta y real.

El fenómeno de lo jurídico, en el plano del derecho constitucional, requiere de un enfoque integral respecto de los principios y la estructura del sistema de protección a los derechos humanos, siempre que los valores a partir de los cuales se construye la formulación los derechos fundamentales, no tienen un contenido netamente jurídico, sino básicamente moral, político, social, cultural o, incluso, económico.

Lo anterior, significa que —en último término y más allá de los presupuestos de cada corriente— el derecho no se autosustenta, por lo que una aproximación netamente técnica permite conocer cuando algo está dentro o fuera del orden jurídico, si es válido, y cómo funciona lo que se sujeta a un procedimiento jurídico, entre otras cuestiones; empero, tal acercamiento resulta insuficiente si se quiere comprender lo que el hombre y la sociedad requieren, que sin duda es un reto verificable en materia de protección de los derechos humanos.

Al respecto, es importante —desde nuestro enfoque— tener presente que el nuevo esquema de organización política, que ha irrumpido con

⁵ Según la Corte Interamericana, al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron. Opinión Consultiva 5/85, párrafo 42.

auge y al que se denomina “Estado constitucional democrático”, entiende que el sistema jurídico contiene postulados morales fundamentales que adoptan la forma de derechos fundamentales, y que, en virtud de la propia formulación jurídica de las libertades garantizadas, se impide que se pueda llegar al punto de identificar al derecho con convicciones morales no compartidas por la mayoría. Llevado a la práctica, la cuestión determinante en materia de derechos fundamentales es la demarcación de límites a partir de una proposición de principios, cuya base es la tesis de que los derechos fundamentales en cuanto normas tienen la estructura de “mandatos de optimización”, de ahí, que la proporcionalidad y la ponderación resulten concluyentes para determinar el contenido y las posibilidades fácticas y jurídicas de cada caso.⁶

En esa línea, toda norma iusfundamental tiene el carácter de regla⁷ y principio, y los principios son directivas jurídicas de tipo general que siempre necesitan de interpretación, se trata de normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las opciones jurídicas y reales existentes; por ello, se dice que los principios son “mandatos de optimización”, que comprenden tanto permisiones como prohibiciones, y que se distinguen porque pueden ser cumplidos en distinto grado en atención a las posibilidades reales, así como a las jurídicas, que estarán determinadas principios y reglas opuestas.⁸

⁶ De esta forma, es como se pretende afrontar la tensión entre el Derecho y la moral, y en donde el positivismo da lugar a construcciones como la del positivismo inclusivo de Jules Coleman. Véase Atienza, Manuel, “Entrevista a Robert Alexy”, *Doxa*, Alicante, 2001, núm. 24, pp. 673 y 675. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy tiene su fuente en la filosofía analítica y en la teoría crítica de Habermas, sin embargo, este último prefiere el modelo del “discurso de aplicación” al modelo de ponderación propuesto por Alexy, toda vez, que entiende que: el principio moral se complementa con un principio de adecuación; la coherencia prima en la interpretación; la idea de “mandatos de optimización” destruye la estructura deontica de los derechos fundamentales, sin aceptar que estos tengan o adquieran un sentido teleológico; y, la ponderación carece del criterio de racionalidad. Véase Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 4, pp. 174, 278, 327, 332.

⁷ Las “reglas” son normas que siempre se cumplen o no, su aplicación es una cuestión de todo o nada, por lo que no son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho; en Robert, Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, (traducción de Jorge M. Seña), Barcelona, Gedisa, 1994, p. 162.

⁸ Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86 y 87.

Con independencia que sobre el tema en cuestión se comulgue o no con las teorías —hasta cierto punto embolismáticas—, así como con las experiencias judiciales de otros países, nos parece oportuno apuntar unas advertencias relativas a importar, sin un examen previo de adecuación rigurosa, esquemas y modelos armados para otros sistemas y realidades. En ese sentido, Spengler al desarrollar su idea del inexorable “ocaso de Occidente”, puntualizó los efectos de lo que denominó el “arte del error metódico” que ya jamás podría disociarse de una pura esencia de cada cultura, y precisó que cuanto más se exaltan los principios de un pensamiento extranjero, más profundamente se altera, con toda seguridad, su sentido.⁹

Sin embargo, no se trata de abjurar, ignorar o abandonar la importante labor comparativa de modelos extranjeros, sino de evaluar su posible incorporación e instrumentación a lo que nuestra compleja realidad polivalente plantea; es importante entender que los conocimientos y las experiencias ajenas son el producto de acontecimientos particulares propios; por lo que de las teorías jurídicas, las disposiciones legales y las resoluciones jurisdiccionales foráneas, debemos registrar su experiencia y pretensión, además de aprovechar sus principios y su técnica.¹⁰

Por otra parte, no queda por demás comentar que un análisis integral y riguroso requiere que se reflexione acerca de la imparcialidad y la objetividad que podemos llegar a asumir, lo cual lleva a plantearnos si podemos entender fuera de nuestras categorías, y no sólo eso sino que llegado a esos terrenos, tendremos que preguntarnos si es posible poner paréntesis a nuestras convicciones más profundas; todo esto, porque es muy común aceptar, sin ponderación alguna, argumentos —que procuran el consenso y la adhesión—, únicamente por el hecho de estar familiarizados con ellos.

Ahora bien, para poder develar la complejidad del caso es importante entender y aceptar lo siguiente: la “concretización” del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resultan posibles in-

⁹ Spengler, Oswald, *La decadencia de occidente. Bosquejo de una Morfología de la Historia Universal* (trad. Manuel G[arcía] Morente), 13a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 1983, t. II, p. 73.

¹⁰ Véase Cornelutti, Francesco, «Dell'utilità delle opere giuridiche italiane per i lettori stranieri», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año XXI, serie II, fasc. VI, 1941, p. 307.

corporando las circunstancias de la realidad que esa norma busca regular, esta correlación constituye el “ámbito normativo” y éste se encuentra sujeto a cambios históricos, lo cual explica por qué los resultados de la “concretización” de una norma pueden cambiar, a pesar que el texto legal continúe siendo idéntico.¹¹ Si bien una Constitución viene condicionada por la realidad histórica, *i.e.*, que no ignora las circunstancias de una época, es gracias a su carácter normativo que ordena y conforma a su vez la realidad social y política. De la coordinación correlativa entre *ser* y *deber ser* se derivan las posibilidades y, al mismo tiempo, los límites de la fuerza normativa de una Constitución;¹² tal fuerza depende de la capacidad de adaptarse apropiadamente a las necesidades políticas sociales y culturales, la cual se encuentra condicionada por la “voluntad” constante de los responsables del proceso constitucional de realizar los contenidos de la Constitución. “Voluntad”, entendida en el sentido que la sede de lo jurídico yace en el juicio, acto particular en que se dice lo justo de la causa o litis; por lo que la ley, si la hay aplicable, es un criterio de decisión, pero ella, la ley, no resuelve ni decide la litis; quien tiene la carga de decidir o fallar la causa es el juez.¹³

Hasta ahora, hemos señalado que los valores comprendidos en las normas constitucionales relativas a los derechos humanos contienen principios polivalentes (morales, históricos, políticos, sociales y culturales), y que en virtud de ello se requiere una visión coherente que pondere cada uno de estos planos. Asimismo, hemos aludido a la configuración de las normas jurídicas constitucionales, *i.e.*, la formulación jurídica de valores plasmados que atienden a una realidad histórica, pero que operan en un

¹¹ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional* (selec., trad. e introd. Pedro Cruz Villalón), 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 28.

¹² *Ibidem*, p. 70.

¹³ Kojève, Alexandre, *Esquisse d'une Phénoménologie du Droit*, París, Ed. Gallimard, 1982, pp. 19 y ss. En atención a puede resultar polémica la afirmación del autor sobre que “...la ley, si la hay aplicable, es un criterio de decisión...”, vale la pena aclarar que el autor —de origen ruso y afincado en Francia desde la década de los años treinta y hasta su muerte en 1968—, tuvo como referente para su obra sobre derecho, el modelo jurídico “legalista” de ese país, en donde la Constitución constituía un programa que era necesario para desarrollar por medio de las leyes, es decir, con valor pero sin efectos jurídicos directos. En julio 1971, el Consejo Constitucional francés resolvió declarar operativos el Preámbulo y las Declaraciones revolucionarias. Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación Constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, pp. 64 a 66.

momento determinado al ser interpretadas. Cabe aclarar que, respecto a la voluntad de quienes efectúan la interpretación, la realización de las normas constitucionales referentes a los derechos fundamentales, debe necesariamente ajustarse de alguna manera a los principios y valores que se prescriben.

De ahí que se afirme que “la Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico”.¹⁴

Sobre el alcance de este último punto existe una amplia controversia, en los Estados Unidos de América se ha debatido, durante las últimas décadas, acerca de la “jurisprudencia de valores” que se presenta como una labor jurisdiccional de defensa de los valores fundamentales de la Constitución.¹⁵ Sin embargo, la “interpretación creativa” de la Constitución ha dado lugar a que se considere —de forma antijurídica— que la carta fundamental es el instrumento de cambio político y social por excelencia, a través del esquema denominado *case method*. Quienes no comulgan con la visión anterior, estiman que los casos materia de controversia constitucional tienen sentido en cuanto interpretaciones razonables del texto constitucional, y no de asuntos “autojustificantes”, con su propia razón de ser fuera de la misma Constitución.¹⁶

De igual forma, en el derecho alemán —sistema jurídico distinto al de los Estados Unidos de América— hay quienes han denunciado que volcarse al recurso crítico de valores —para entre otras cuestiones superar el positivismo—, ha provocado un aumento de la inseguridad jurídica, dando así lugar a que el cometido de la interpretación que es el de hallar el resultado constitucionalmente correcto —a través de un procedimiento racional y controlable—, no se actualice, dando con ello lugar a la “decisión por la decisión”. De ahí, que algunos piensen que las resoluciones

14 Sentencia del Tribunal Constitucional español del 31 de marzo de 1981, véase Alonso García, Enrique, *La Interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 277.

15 Alonso García, Enrique, *La Interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 316. Cf. Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, nota 13, pp. 142 y ss.

16 Véase Barker, Robert S., «La enseñanza del derecho constitucional en los Estados Unidos», *Revista Anual Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, núm. 6, vol. VI, pp. 255-256 y 258.

del tribunal supremo deben de expresar el contenido de la Constitución, pero entonces la pregunta sería ¿cuál contenido? ¿El material, el formal o incluso el filosófico, sociológico o histórico? Un criterio del Tribunal Constitucional Federal ha establecido al texto de una disposición como el límite último de la interpretación,¹⁷ lo cual, en nuestra opinión parece no aclarar nada más considerando que el texto sobre derechos fundamentales contiene valores como ya hemos indicado.¹⁸

Hemos descrito lo anterior, a propósito de los límites válidos de la interpretación constitucional, en particular de las disposiciones referentes a los derechos humanos, que como hemos observado inscriben valores de sentido abierto y plural, y que por ende puede dar lugar a una interpretación creativa-extensiva que mengüe la certidumbre jurídica, de por sí compleja por los valores mismos que contiene.

III. DIGRESIONES SOBRE LA SENTENCIA DE FECHA 5 DE OCTUBRE DE 2005

En el plano jurídico y por cuestiones técnicas de la última etapa procesal, el asunto, es decir, la litis se reducía a decidir si el artículo 191 del Código Penal Federal,¹⁹ que tipifica el delito de ultraje al pabellón nacional, resulta contrario al derecho a la libre manifestación de ideas y a la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, que consagran los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,²⁰ en donde además, se establecen las limitaciones a

17 Véase Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 11, pp. 34 a 35 y 38 a 39.

18 Pero además, se ha señalado que las disposiciones relativas a los derechos humanos en las constituciones acusan una *textura abierta*, lo cual impele a encontrar su sentido a partir de un contexto particular. Véase Hart, H[erbert] L[ionel] A[dolphus], *el concepto de derecho* (trad. Genaro R. Carrión), 2a. ed. (reimp), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pp. 155 y ss.

19 Artículo 191. Al 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.

20 Artículo 6o. 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.

su ejercicio consistentes en el respeto de los derechos de los demás, en que no se afecte la moral y el orden públicos, y que no se provoque algún delito.²¹

Como se indicó al inicio del presente trabajo, el ministro Cossío Díaz elaboró un proyecto de resolución (amparo en revisión 2676/2003) en el cual proponía revocar la sentencia recurrida y otorgarle el amparo y protección de la justicia de la Unión a Witz Rodríguez, pero el mismo fue desechado pues sólo el ministro Silva Meza compartió la posición sostenida.

El referido proyecto, y sobre todo el voto de minoría (particular) de los ministros aludidos, contenido en la sentencia citada, se avocaron a realizar un análisis del contenido y alcances de la libertad de expresión, con objeto de:

Artículo 7o. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera 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 del delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delito de prensa, sean encarcelados los expendedores, “papeleros”, operarios y demás empleados del establecimiento donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos.

21 El origen de tales excepciones, que tienen el inconveniente de ser muy abiertas, son los artículos 4o., 5o., 10 y 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de París en 1789.

Artículo 4o. La *libertad* consiste en poder hacer *todo aquello que no perjudique a los demás*. Así pues, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otra *limitación* que aquella que garantice *el ejercicio de iguales derechos al resto de miembros de la sociedad*. Solo la ley puede establecer limitaciones.

Artículo 5o. *La ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad*. Todo lo que no esté prohibido por ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no rodena.

Artículo 10. *Nadie debe ser perseguido por sus opiniones*, incluso religiosas, *en la medida en que sus manifestaciones no alteren el orden público* establecido por la ley.

Artículo 11. La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre. Por consiguiente, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, *haciéndose responsable de los abusos de esa libertad en los casos previstos por la ley*.

- a) Comprender que su ejercicio efectivo es fundamental para la democracia, porque además de la característica plural que conlleva, el mismo resulta decisivo para el ejercicio de otros derechos fundamentales, además de contribuir a la formación de una verdadera opinión pública.
- b) Destacar el tratamiento que a nivel internacional tiene como un derecho que se ejerce de forma “libre”, a entenderse como un derecho al disenso —de carácter contramayoritario—.²²
- c) Mostrar que el delito de ultraje a los símbolos patrios, tipificado en el Código Penal, no corresponde a los valores y principios que la Constitución le reconoce a dicho derecho, pues las limitaciones que el mismo ordenamiento impone a su ejercicio consisten en que no se: ataque la moral; provoque algún delito; perturbe el orden o la paz pública; lesionen los derechos de terceros ni vulnere la intimidad de la vida privada, con lo cual se considera que la sanción penal impuesta carece de proporcionalidad.
- d) Determinar si en un Estado democrático de derecho es propio condicionar su ejercicio, mediante la imposición de sanciones penales, a quienes osen manifestar públicamente su desprecio por el significado que tienen o deben tener los símbolos patrios; y en su caso, evidenciar que resulta totalmente incompatible con la Constitución, que el Estado utilice el derecho penal para defender un objeto simbólico en detrimento de los derechos fundamentales, además que esto resulta ciertamente incongruente con la idea misma de libertad (independencia) que expresa nuestra bandera.
- e) Precisar que el límite válido a su ejercicio, es que no se vulneren otros derechos de rango fundamental.

El proyecto en comento se ajusta a premisas de la teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales, cuyo punto de partida es la concepción de dichos derechos desde su función pública y política. En

²² Cualquier asunto, en principio, puede ser materia de libre discusión; las limitaciones que a nivel internacional se observan se refieren a cuestiones que por su finalidad dañaría y fragmentaría a las sociedades, *v.gr.*, apología de la guerra, el odio, la discriminación, etc. Las disposiciones internacionales más relevantes son los artículos 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

dicha teoría tienen preferencia los derechos fundamentales con referencias democráticas, como la libertad de opinión; y, tales derechos, alcanzan su sentido y principal significado como factores constitutivos de un libre proceso democrático de formación de voluntad política —que transcurre de abajo a arriba—, y en donde la garantía del ámbito de libertad de los derechos fundamentales tiene lugar para proteger y facilitar dichos procesos. Empero los derechos fundamentales no se le reconocen al ciudadano para que disponga libremente de ellos, sino en su calidad de miembro de la comunidad y, con ello, también de interés público.²³ Lo cual no tiene nada que ver con la limitación que la disposición penal referida establece, porque esa clase de limitaciones deriva en represión.

Coincidimos en que la libertad de expresión es fundamental para la democracia, porque la vitalidad de las instituciones de la sociedad depende de la certeza de poder discutir libremente, pues en ellas se asume el modo de vida que cada sociedad desea llevar. No obstante, si bien la libertad de expresión no es absoluta, al menos en nuestro régimen constitucional, ¿podemos pensar que este criterio es verdadero y sobre todo suficiente para justificar una restricción con sanción penal?

Al respecto, nosotros pensamos que no, porque las limitaciones que establece nuestra carta magna —de las que anteriormente hemos señalado su origen— no tienen nada que ver, en nuestra opinión, con una restricción penal que impone la obligación de no controvertir el significado de unos símbolos materiales a los que se dota de un sentido trascendente que se institucionaliza jurídicamente.

De hecho, desde el momento en que se publicó el poema, hasta cuando la Suprema Corte de la Nación resolvió el juicio de amparo correspondiente, es decir, durante casi cuatro años y seis meses, no hubo indicio alguno que evidenciara una afectación del orden o la moral públicas; tampoco, se vieron vulnerados los derechos y libertades públicas de otros ciudadanos, ni la vida privada de nadie.

²³ Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales* (trad. Juan Luis Requejo Pagés, prolog. Francisco J. Bastida), Baden-Baden, Nomos Verlagsge-sellschaft, 1993, pp. 60 a 61. Véase Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia* (prol. y trad. Rafael de Agapito Serrano), Madrid, Trotta, 2000, pp. 77 y ss.

En cuanto a la moral pública, el problema es el referente objetivo a un juicio de valor²⁴ para establecer limitaciones que sean apropiadas al contexto y naturaleza de este derecho, además de no visualizar la moral pública como una serie de convencionalismos sociales que nada tienen que ver con la ética, que suponemos es de lo que se trata.

Así, el inconveniente de aludir a la moral es que a pesar de ser un referente real, genera más incertidumbre en vez clarificar las cosas, ya que en una ética “incluyente” se preconiza un pluralismo de valores, bajo la premisa que valores diversos son incommensurables.

Por otra parte, hay quienes indican que:

...el ejercicio del derecho de libertad de expresión supone una relación de alteridad entre quien transmite una comunicación y quien la recibe, este derecho adquiere expresión en un contexto social que impone al individuo determinadas obligaciones para con la sociedad, y que lo subordina al bienestar general o a la seguridad de todos.²⁵

De acuerdo, empero, no debe cometerse el error de concebir dichas obligaciones subordinadas al bien común, como la línea preestablecida por donde comenzar para determinar la legalidad o ilegalidad de una manifestación, ya que por origen mismo, la libertad de expresión comporta

²⁴ Para comprender la dimensión de la dificultad, existe un brillante y controvertido ensayo de Carl Schmitt —motivado en su crítica a la obra de Rudolf Smend—, en donde señala que la “filosofía de los valores” es una reacción ante la crisis producida por el nihilismo, ya que todo valor absoluto ha perecido. La consecuencia fue que se abandonaron los principios del razonamiento clásico, que se basaba en ideas, categorías y premisas, por lo que entonces todo se ha subordinado al concurso de los valores. De ahí, que se le haya otorgado prioridad a la subjetividad, siempre que los valores son planteados por personas o grupos de un modo recurrentemente arbitrario, con lo cual, las cosas son consideradas de manera puntual o perspectivista. Esto último, significa que las cosas ya no tienen más consistencia que su “validez”, no hay más “ser”, lo que tiene como consecuencia que el análisis de la realidad se sacrifica ante la afirmación ideológica, cuyos efectos son reducir todo a la competencia entre los valores. Hoy en día, los valores se plantean e imponen de forma arbitraria para que imperen, en esa línea, el valor que se considere superior vendría entonces a tener el derecho y el deber de dominar y excluir los valores inferiores que no estén no del todo alineados. Véase Schmitt, Carl, «La tiranía de los valores» (trad. Anima Schmitt de Otero), *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 15, enero-febrero de 1961.

²⁵ Faundez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 43.

un carácter de confrontación, pues su ejercicio implica contraponer las ideas (creencias) transmitidas y recibidas en sociedad, con lo cual, le es propio cuestionar lo asumido; y de ahí que se pueda pensar, en principio, que si su ejercicio causa molestia, seguramente es porque tal libertad está cumpliendo su función.

En cuanto al voto de la minoría, es posible inferir que en el proceso democrático la Constitución se configura como un sistema que busca preservar determinados valores; y dicha concepción, resulta más acorde con las nuevas tendencias, en donde el Estado es cada vez más la expresión de intereses plurales. Anteriormente las Constituciones se entendían como el resultado de una ideología dominante, pero con el tiempo las transformaciones han dado cabida a cada uno de los sectores sociales, que por virtud democrática pueden darle orientaciones diversas al Estado, pero dentro de los márgenes que permite el sistema constitucional y sin anular los demás proyectos.²⁶

El carácter dinámico del contenido valorativo de la Constitución, no debe entenderse en sentido estático, sino que los conceptos incluidos en el texto constitucional deben ser explicados de conformidad con las concepciones y circunstancias propias de cada momento histórico; y en esta época en México se busca impulsar la democracia de las instituciones y la participación ciudadana. De hecho, hay quienes ven en la indeterminación de conceptos mutantes constitucionales, la evidencia de un ánimo que busca atender la cultura de la pluralidad.²⁷

En ese orden de nociones, observamos que los ministros del voto de minoría comulgán con la teoría externa de los derechos fundamentales, toda vez que en ella, el alcance de los derechos depende de la ponderación de derechos con principios de igual jerarquía. Por su parte, los mi-

26 El meta valor del neo-constitucionalismo es la pluralidad, la diversidad y la tolerancia, y el desafío es el dialogo entre los principios y cómo contar con cierta adhesión. Véase Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho díctil. Ley, derechos, justicia* (traducción de Marina Gascón), Madrid, Trotta, 1995, pp. 12 a 14.

27 López Bofill señala que la cultura y el arte son fuente de comprensión, por su lenguaje común que es punto de encuentro en el que se disuelven las tensiones políticas y sociales, en Häberle, Peter y López Bofill, Héctor, *Poesía y derecho constitucional. Una conversación*, Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Punt de Vista 17, 2004, pp. 12, 13 y 17. Cfr. Häberle, Peter, *Constitución como cultura*, (traducción de Ana María Montoya), Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002, pp. 62 y ss. y 71 y ss.

nistros de la mayoría podrían coincidir entonces, con la tesis de la teoría interna de los derechos fundamentales, ya que como veremos parten de la idea que el alcance de los derechos está previamente delimitado.

Un argumento del voto de la minoría que a nuestro criterio es comprensivo e interesante, porque brinda claves (técnica jurídica) es cuando analizan que cuando la Constitución señala que “la manifestación de ideas no será objeto de ninguna «inquisición» judicial o administrativa”, ellos explican por qué el legislador también está sujeto a dicha prohibición, al indicar que para poder darse tal inquisición se debe contar con una disposición legal que lo permita.

A nuestro parecer, lo interesante de la interpretación de la minoría, es que se ajusta a lo establecido en la Constitución, al tiempo que mantiene la sistemática del entramado de las garantías individuales.

Sobre el voto de minoría de los ministros Cossío Díaz y Silva Meza, su importancia es que su argumentación contribuye a que con el tiempo en nuestro país se transite por el camino de la ampliación de los derechos fundamentales y las libertades públicas. El beneficio de los votos particulares es que contribuyen a que la opinión mayoritaria de los jueces tienda manifestarse de manera más consecuente, más lógica, más discreta; el voto particular eleva la legitimidad del voto de la mayoría a él vinculado de manera dialéctica. Además, operan de forma pacificadora, porque se ha tomado en serio a la parte que le resulta desfavorable una sentencia, y posibilitan que en algunos casos, con el tiempo se modifique el criterio aplicado.²⁸

Por contra, la posición mayoritaria de tres ministros de la Suprema Corte resolvió confirmar la sentencia recurrida y negar el amparo y protección de la justicia de la Unión solicitadas por Witz Rodríguez. En dicha resolución:

²⁸ Häberle, Peter, «La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional», en Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)* (traducción y estudio de Joaquín Brage Camazano, presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor), México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 2005, pp. 151 y 152, y, Häberle, Peter, *El Tribunal Constitucional como tribunal ciudadano. El recurso constitucional de amparo* (traducción y estudio preliminar Joaquín Brage Camazano), Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2005, pp. 57 y 58.

- a) Se sustentó que la libertad de expresión de ideas que consagra la Constitución no es absoluta, pues la misma establece como límites la comisión de un delito, que se transgredan la moral y el orden públicos, y que se afecten derechos de tercero.
- b) Se entiende que el artículo 191 del Código Penal federal protege el respeto a los símbolos de identificación nacional, y prevé un delito instantáneo que los tutela jurídicamente.
- c) El fundamento constitucional del artículo 191 del Código Penal federal, cuyo bien jurídico protegido es la dignidad de la nación, se encuentra en la conjunción de los artículos 30,²⁹ 73, fracción XXIX-B,³⁰ y 130,³¹ párrafo 2, inciso e, de la Constitución; por lo que sin duda alguna, puede desprenderse, que se trata de un límite claro (caso excepción) a la libertad de expresión.

²⁹ “El artículo 30. precisa que una de las funciones de la educación es la de fomentar el amor a la patria. Resulta contraintuitivo que no pueda castigarse la acción de tratar irreverentemente a los símbolos patrios y, sin embargo, que deba fomentarse el amor a la patria, si es que aquéllos son los símbolos que representan ésta”. “Evidentemente, nadie puede obligar a otro a sentir amor por nada ni nadie; eso es del fuero interno de cada quien. La Constitución no cae en ese error. Por eso, ordena que la educación estatal debe tender a “fomentar el amor a la patria”, que es cosa bien distinta. Y justamente en contra de ese mandato estaría el hecho de que conductas irreverentes, injuriosas hacia los símbolos que la representan (representación fundada no sólo en la tradición sino sobre todo en el derecho) puedan realizarse sin ser denostadas”. Sentencia del amparo en revisión 2676/2003.

³⁰ “El artículo 73, fracción XXIX-B constitucional establece en favor del Congreso de la Unión la facultad “para legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo e himno nacionales”. De la interpretación histórica de dicha regla es posible desprender que en ella se encuentra el fundamento constitucional para la existencia de los símbolos patrios y el fundamento constitucional para que su protección sea uno de los límites de la libertad de expresión”. *Idem*.

³¹ “Una conducta agravante hacia los símbolos puede ser tenida como límite a la libertad de expresión, que el artículo 130, párrafo 2, inciso e, constitucional impide a los ministros religiosos «agraviar, de cualquier forma, a los símbolos patrios». Así, el Constituyente ha establecido una prohibición expresa en el sentido de que cualquier conducta hacia los símbolos patrios sea permitida, pues prohíbe precisamente la que los agravia si procede de un ministro de culto. Es clara la raíz histórica de este dispositivo, nacido en el contexto de enfrentamientos religiosos y políticos que sufrió el país; por ello, se elevó a rango constitucional semejante prevención. Esto no significa, sin embargo, que otros sujetos no puedan tener la misma limitación...”. *Idem*.

Los ministros de la mayoría estimaron que realizar manifestaciones despectivas respecto de los símbolos patrios, diluyen su significado y atenta con la dignidad de la nación de acuerdo con cierta corriente doctrinal,³² para quienes en el multicitado artículo 191, el sujeto activo puede ser cualquier persona capaz de vituperar, menoscabar, ultrajar de palabra o de obra y de manera dolosa los símbolos patrios, en tanto que el sujeto pasivo es la nación mexicana.

El bien jurídico tutelado dicen que es la dignidad de la nación, pero ¿cuál es en realidad el interés legítimo jurídicamente protegido, a propósito de alguna persona? ¿La nación titular de dignidad? Lo podemos pensar tal vez en un sentido figurativo de instituciones, pero no compartimos esa proposición en un ámbito jurídico.

Lo chocante y equívoco que percibimos del artículo 191 del Código Penal federal, es que tiene por finalidad que las convicciones de identidad nacional e ideológicas sean incontrovertibles, ya sea que se deba a la historia o por el consenso sobre los elementos necesarios para una cohesión de la identidad mexicana.

Así las cosas, el artículo 191 implica entonces que se impone el deber de aceptar la significación que unos objetos materiales tienen, al atribuirlas cualidades de intangibilidad e irredutibilidad, en virtud de su representación —que tendría que ser absoluta— de la dignidad de la nación, y quien lo dispute o contrarie sería acreedor a una sanción penal.

Acerca de los fundamentos de la sentencia, en ella se indica que si la dignidad de la nación es el bien jurídico protegido por el artículo 191 del Código Penal federal:

...resulta necesario precisar si encuentra fundamento constitucional, pues, si éste existe, tendrá que admitirse forzosamente que se tratará de un límite a la libertad de expresión. En efecto: ante dos normas de igual rango, pertenecientes ambas a la Constitución, debe entenderse que si una concede cierto derecho y el otro lo limita, éste constituye un caso de excepción del primero.

³² En la citada sentencia al amparo en revisión 2676/2003, de fecha 5 de octubre de 2005, expresamente se indica que “la doctrina enseña que el bien jurídico tutelado por este tipo delictivo es la dignidad de la Nación (en ese sentido, por ejemplo, Mariano Jiménez Huerta y Raúl Carrancá y Trujillo, según se aprecia en Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, México, 3a. ed., México, Porrúa, 1985, tomo V, p. 375)”.

Sobre el particular, nosotros estimamos que la propia Constitución marca rumbos al establecer pautas y directrices, pero nunca tipos (penales) que encuadren conductas, esa circunstancia, permite precisamente la labor de interpretación, y por eso —para nosotros— elevar el artículo 191 del Código Penal federal a nivel constitucional resulta extraño e inapropiado.

Por cuanto hace al artículo 3o. constitucional, en lo referente a fomentar el amor a la patria, los ministros de la mayoría lo asumen como una especie de mandato constitucional con objeto que se resguarde la integridad de los símbolos patrios. Al respecto, nosotros simplemente nos interrogamos sobre la necesaria vinculación del amor a la patria, a través de sus símbolos. ¿Se puede denigrar los símbolos patrios y mantener un profundo sentimiento de amor a la patria?

En cuanto al artículo 130, párrafo 2, inciso *e*, de la Constitución, los ministros de la mayoría desprenden que en la misma Constitución se protegen los símbolos patrios de actos irreverentes, y que aunque el citado precepto alude exclusivamente ministros religiosos, en realidad sería extensivo, pues la particularidad se explica por el contexto histórico del constituyente.

En realidad, este es el argumento más sólido de la mayoría, es por ello que con independencia de su encuadramiento al caso —que se sostenga o no la tesis de la excepción explícita de únicamente para ministros de culto—, sería interesante contrastar su vigencia, a partir de las consideraciones vertidas en los dos siguientes apartados.

Con relación al artículo 73, fracción XXIX-B, de la Constitución, la mayoría infiere que existe un dictado obligatorio de respetar los símbolos patrios; pero en nuestra opinión, este argumento nos parece endeble, pues esa facultad no prescribe una orientación ni presupuestos determinados, sino sencillamente “legislar sobre las características [externas, materiales y gráficas] y uso [oficial e institucional] de la bandera, escudo e himno nacionales”.

No podemos dejar de reconocer que la bandera de México indudablemente constituye un elemento emocional, cultural, ideológico y simbólico, que representa la creencia de la identidad, la soberanía y la libertad de muchos ciudadanos, que tienen al respecto un profundo consenso social, por lo que la carga de cultura cívica es notable; en consecuencia, la

cuestión es si estos atributos son o no aspectos de moral pública, o bien, únicamente convenciones sociales de grupos mayoritarios de la sociedad.

Sea como fuere, en un tema primordialmente lingüístico, nosotros estimamos que no es recomendable intentar subordinar el estatuto, significado y alcance de la libertad de expresión, a una moral pública de cultura cívica, porque puede terminar por posicionar posturas que van del prejuicio —por el que sólo se presta atención a aquello que corrobora el juicio emitido de forma anticipada—, pasan por el dogmatismo —en donde para no reconocer errores o desfases se introducen variantes que permiten mantener creencias previas— y pueden llegar incluso al fanatismo —cuya premisa es el mantenimiento de una verdad absoluta, a través de la acción, frente a cualquier tesis que confronte—, por el contrario, tampoco nos parece conveniente subordinar la moral pública a una libertad de expresión *in extensu*, que puede llevarnos más allá de un liberalismo moderado, si se carece del cemento social adecuado.

En su argumentación, los ministros de la mayoría siguieron una línea de razonamiento cognoscitiva, pues el significado de la norma y su impacto lo derivaron de una interpretación literal. El inconveniente es que se expone a que la interpretación quede comprometida, en razón de una explicación fundamentalmente literal de lo establecido en las normas.

Si bien no hay verdad inmutable, el entramado sistemático del apartado de las garantías individuales, junto con el de los derechos sociales,³³ es lo que nuestra Constitución prescribe y reconoce como “justicia”; pero en el sentido de principios y valores, de los cuales hay muchas concepciones y parámetros. Por ello, los problemas que se presentan deben atajarse a partir de una racionalidad práctica, siempre que la legitimidad —que debe estar en una parte— puede alejarse de la justicia —que tiene que estar presente en el todo—.

Podría suceder que algo que revista la calidad de legítimo, produzca resultados concretos injustos; también es posible emitir una decisión moralmente justa pero jurídicamente incorrecta.³⁴

³³ Además claro de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, e incluso del bloque constitucional sobre la materia.

³⁴ Cfr. Atienza, Manuel, «Sobre los límites de la libertad de expresión», *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, 3a. reimp., Barcelona, Ariel, 1997, pp. 56 y ss.

El sentido de la sentencia, pero sobre todo la forma en que llegaron a ella, provoca las siguientes interrogantes: ¿sería legítimo discutir y poner en duda en qué reside realmente nuestra identidad y dignidad nacionales, qué la representa y por qué?, ¿en dónde se traza la frontera entre la crítica y el desprecio?

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LAS OBRAS ARTÍSTICAS

Resulta necesario apuntar —sin afectar que el mismo Witz haya señalado que bajo parámetros literarios su poema es menor—, algunas razones que muestran la importancia social de las creaciones artísticas, así como ciertas implicaciones de limitar o proteger la libertad de expresión de esta clase de obras.

En lo concerniente a la relación entre libertad de expresión, creaciones artísticas y lenguaje poético, Häberle indica que el derecho a la creación artística constituye una de las garantías fundamentales en un sistema de protección de los derechos fundamentales y, por ello, una remisión genérica al derecho a la libertad de expresión, como ocurre en algunas Constituciones es insuficiente. El derecho a la creación artística merece una protección particular en un precepto concreto y deslindado de la libertad de expresión que se corresponda a la autonomía del arte y de los artistas.³⁵

De acuerdo, pero ¿por qué Häberle precisa lo anterior?, ¿con base en qué?

Nosotros pensamos que las obras de arte pueden llegar a ser expresiones tan enormes del pensamiento y de la imaginación humanas, que cualquier juicio —común, académico o de autoridad crítica solvente— tendería a considerar sólo algunos aspectos de la incommensurabilidad de las manifestaciones estéticas.

Con autoridad indiscutible, Hermann Broch estimaba que el arte estaba llamado a expresar lo que la filosofía ya no era capaz de exponer, o sea el valor o al menos la exigencia del valor; y, que la poesía es una ma-

³⁵ Häberle, Peter y López Bofill, Héctor, *op. cit.*, nota 27, pp. 5 y 11. La Ley Fundamental de Bonn consagra la garantía de libertad de creación artística, además de la libertad de expresión en su artículo 5.3, y, la Constitución de España así lo prescribe en el artículo 20.1b).

nifestación que se ubica en los linderos de lo inexpresable, mediante la cual se indican los valores substanciales que están más allá de su alcance, precisando que éstos no pueden ser definidos por la razón y la moral.³⁶ Por tales motivos, el arte refleja “con más exactitud” la conciencia y el sentido de la realidad histórica.³⁷

De ahí, que resulte bastante común que muchas de las grandes obras de la historia del arte hayan sido percibidas por sectores mayoritarios de las épocas en que fueron creadas, como irrelevantes, fuera de los cánones u ofensivas. Esta evidencia de no poder valorar de forma certera, definitiva e inmediata las creaciones artísticas, ha provocado que en el examen a que se somete toda obra de arte —especialmente las más controvertidas—, y que consiste en evaluar su calidad en un contexto determinado y en perspectiva, se reconozcan la multiplicidad de parámetros que se aplican para determinar si la aprobación otorgada eleva el imperativo estético hipotético al rango de imperativo estético categórico. Entre muchos de los parámetros que se ponderan están la presencia y uso de valores permanentes, los elementos académicos y de técnica presentes, o, la identificación de la idea transmitida, e incluso, hasta los efectos que se producen en razón de la representación.

En la línea de lo expresado y para no despreciar las nuevas obras artísticas al compararlas con las clásicas o las antiguas, que en su momento algunas fueron desaprobadas, estimamos que es importante comentar que el factor de temporalidad tiene mayor relevancia en esta época, ya que los valores estéticos se encuentran sujetos a una constante revisión, debido a una continua búsqueda por determinar qué valores son eternos y por qué. Lo anterior, responde al vertiginoso ritmo de la moda que —debido a sus múltiples y agitadas expresiones— aniquilan la esencia de permanencia.

Aunado a lo anterior, suponiendo que se lograra determinar cuáles valores son eternos, se debe enfrentar también la variable del enfoque de-construktivista en la lectura de textos que ha cobrado fuerza —sobre todo en los artísticos—. En síntesis, esta visión considera que la lectura tradicional impone diversas suposiciones de origen que resultan falsas,

³⁶ Magris, Claudio, *Utopía y desencanto. Historias, esperanzas e ilusiones de la modernidad* (trad. J. A. González Sainz), 3a. ed., Barcelona, Anagrama, 2004, p. 246.

³⁷ Schmitt, Carl, *Tierra y mar. Consideraciones sobre la historia universal* (trad. Rafael Fernández- Quintanilla), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, pp. 71 a 72.

como sería el creer que mediante determinado lenguaje es posible expresar una idea precisa sin cambios. Derrida una de las figuras relevantes de esta escuela, cuestiona la idea de que un texto posee un único significado inalterable, por lo que las intenciones de un autor no pueden ser aceptadas sin condiciones ni crítica, en consecuencia —a su juicio— es posible tener varias y distintas interpretaciones legítimas, siempre que el lenguaje y el contexto están cambiando constantemente;³⁸ de forma tal, que lo calificado de inaceptable en un espacio y momento dados, puede llegar a ser apreciado en otro tiempo o lugar.

Ahora bien, cuando en el transcurso del tiempo no se verifica calidad alguna relevante, la controvertida obra en cuestión se entenderá tal vez sólo como un grito obsceno, o acaso, una vacía provocación fallida. Empero, en nuestra opinión consideramos que no hay que impedir esas manifestaciones que, si bien, producen rechazo en la mayoría, cumplen de alguna manera la función de renovar o confirmar la apreciación (positiva o negativa) y la vigencia de ciertos valores que se tienen como aceptados, *i.e.*, una autocomprensión crítica y verificativa de nuestras tradiciones y convicciones auténticas, *v. gr.*, conocer el grado en que los símbolos patrios representan la dignidad de la Nación, o bien, si en ellos reside la creencia y los sentimientos de identidad, soberanía y libertad del mexicano.

De hecho, algunas obras controvertidas consiguen trascender lo que de forma burda o grotesca enuncian, o lo que ideológicamente pretenden expresar.³⁹ No hay que olvidar que el lenguaje poético nada tiene que ver

38 Véase Cusset, François, *French Theory. Foucault, Derrida, Deleuze & Cía. y las mutaciones de la vida intelectual en Estados Unidos* (trad. Mónica Silvia Nasi), Barcelona, Melusina, 2005, pp. 118 a 123. Los detractores de la corriente deconstrucciónista, le reprochan que da lugar a un “relativismo” extremo que conduce a la indistinción entre lo verdadero y lo falso, el bien y el mal. Sin embargo, la idea misma de un texto neutro, libre de toda interpretación, no ha podido verificarse, el mismo Foucault lo intentó sin éxito al reproducir un caso judicial del siglo XIX: *la memoria de Pierre Rivière*.

39 El ejemplo que mejor representa lo que hemos intentado describir es la obra de arte que ha sido calificada como la más influyente del siglo XX: “la fuente” de Marcel Duchamp, un simple urinario que, habiendo tenido un uso utilitario, fue montado en posición horizontal y firmado con el pseudónimo de R[ichard] Mutt. Los curadores de la exposición correspondiente descalificaron la pieza argumentando que esa obra se parecía demasiado a un urinario, ante lo cual Duchamp sencillamente indicó “...si el Sr. Mutt construyó o no con sus propias manos “la fuente” no tiene ninguna importancia. Él la eli-

con que sea veraz, real o correcto; de ahí, que la lectura de un producto literario se distingue, por principio de una mera experiencia por el hecho que la literatura no remite a lo que existe, sino a lo imaginario. La literatura tiene que desarrollar una imagen del mundo no tal como es, sino tal como sería si reinara universalmente en él la libertad humana.⁴⁰

Después de mostrar la importancia del arte en el desarrollo humano, resta señalar que el artista, por principio, tiene un carácter anarquista que se opone a la necesidad social y al funcionamiento regular de las instituciones, pero el Estado constitucional democrático no debe reprimir sus manifestaciones, sino convivir con ellas. El artista plasma su emoción, ideas o convicciones, y ello no tiene nada que ver con el bien común.⁴¹

¿Pero por qué si se nutren de las convenciones sociales suelen chocar u oponerse a éstas? Precisamente porque los acontecimientos antagónicos de la realidad son su material —directo e indirecto—, y a partir de lo que deducen, experimentan o pretenden crean sus manifestaciones críticas. De ahí, que puedan llegar a ser imprevisibles, que alteren o confronten valores establecidos o instituciones, o que, produzcan inquietud y desconfianza en un momento determinado.

Los grandes artistas surgidos en épocas de cambio, y en cuyas obras el esfuerzo estético por la abstracción alcanzó la categoría de lo sublime, han acusado un alto grado de inadaptación social. Tierno Galván identifica el sentido de tal inadaptación en la aparición de nuevos criterios valo-

gió. Tomó un objeto de la vida diaria, lo reubicó de manera que se perdiera su sentido práctico, le dio un nuevo título y punto de vista y creó un nuevo significado para ese objeto...”.

Referido el caso, nos preguntamos ¿cómo es posible que un mingitorio sea catalogado como la obra más influyente del siglo XX? La clave, sin duda, es el contexto: la pieza fue “creada” en 1917, durante la etapa de ruptura denominada arte *ready-made* —aquel movimiento artístico que experimentó con la combinación o disposición arbitraria de objetos de uso cotidiano—, el impacto de dicha corriente fue que introdujo una fuerte crítica a las formas tradicionales de la plástica, rechazando que el arte y el artista tenían un status de naturaleza especial, única e irrepetible. La tensión que provocó al enfrentar a las personas a una nueva percepción, trascendió la realidad y adquirió una nueva dimensión al derribar las barreras estéticas mantenidas durante siglos, ya que amplió los horizontes al apartarse deliberadamente de la apariencia externa.

⁴⁰ Esta opinión la formula Sartre en su obra *Qué es la Literatura*, véase Frank, Manfred, *El Díos venidero. Lecciones sobre la nueva mitología* (trad. Helena Cortés y Arturo Leyte), Madrid, Ediciones del Serbal, 1994, pp. 233 a 234.

⁴¹ Véase Häberle, Peter y Héctor López Bofill, *op. cit.*, nota 27, pp. 15 y 18.

rativos incompatibles con los sistemas vigentes; las creaciones artísticas no pretenden la novedad, sino que cubren la necesidad de dar autenticidad a la relación ideología-estructura social. Los disensos generados a lo largo de la historia por tales creaciones, se debieron a que éstas no transcurrieron dentro de los márgenes del consenso colectivo o de una minoría de poder, y como “no sentaron bien” invariablemente se les aplicó la fuerza, inculcando lo deseable.

Es así, como podemos sostener que lo valioso de las manifestaciones artísticas es, precisamente, su carácter creativo. No cabe duda que los grandes descubrimientos científicos tarde o temprano tendrían que darse, y quienes han destacado por haberlos realizado, lo han logrado antes que nadie; en cambio, las creaciones artísticas no son posibilidades, sino expresiones únicas que brotan de la personalidad y la circunstancia.⁴²

Con base en lo expuesto en este apartado, podemos sostener que el contexto de la manifestación es parte del *quid* de las obras que causan controversia en virtud de lo delicado y susceptibilidad de los temas tratados; *i.e.*, las consecuencias (político, socio culturales y legales) de una manifestación artística depende en gran medida de la forma y el medio en que se realizan.

Sea como fuere, hay juristas de envergadura que afirman que el Estado constitucional debe eludir el dirigismo y la imposición de criterios estéticos, y que más bien, debe ser receptivo a la ebullición de tendencias que despuntan en la sociedad y en la que libremente (y en constante alternancia) se discute la calidad y la excelencia de las distintas aportaciones. No obstante, no hay que perder de vista que una libertad sin mayor acotamiento, deriva en la perdida de parámetros y jerarquías de lo que es arte y de lo que no lo es. No toda aportación y representación tienen algún valor.⁴³

V. OTROS CASOS SIMILARES

A pesar que toda comparación es odiosa, en tanto se quiera utilizar como ejemplo de cómo debe entenderse y proceder, en el caso que nos ocupa y por los argumentos vertidos en la sentencia al amparo en revi-

⁴² Véase Savater, Fernando, *Las preguntas de la vida*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 235 a 237.

⁴³ Véase Häberle, Peter y Héctor López Bofill, *op. cit.*, nota 27, pp. 16 y 23.

sión 2676/2003, consideramos pertinente referir tres casos en que se ultiman símbolos patrios, así como la identidad nacional.

La intención no es traspolar lo referido al caso del poeta maldito, sino: observar cómo operan realmente los principios y valores de una sociedad; identificar cómo juegan la moral y el orden públicos en un contexto determinados; y sobretodo, vislumbrar hacia dónde transita la libertad de expresión.

Nuestro enfoque considera que la referencia a otros casos particulares, puede contribuir a clarificar algunos argumentos sobre la aplicación de las normas, especialmente en los supuestos en que se dispone una limitación a la libertad de expresión en una norma penal, de carácter obviamente general, siempre que, los casos “típicos” nos impelen a indagar recurriendo a los principios de proporcionalidad y adecuación, así como respecto de la pertinencia y necesidad de la medida punitiva, en lugar de evaluar supuestos estándar completamente descontextualizados y ajustados al principio de universalidad.⁴⁴

1. México

Con independencia de los antecedentes normativos de esta garantía, únicamente apuntaré la sospecha fundada que en nuestro país no se tiene —a diferencia de otras culturas— una tradición robusta de un ejercicio libre y pleno de esta garantía. Deliberadamente he utilizado el término “sospecha fundada”, ya que existen diversos estudios tanto rigurosos como tendenciosos, de diversas épocas, que abordan el tema de las costumbres sociales atávicas forjadas por la conquista, el mestizaje y la colonia.⁴⁵ En ese sentido, podemos afirmar que la libertad de expresión no

44 La pretensión no es alejarnos de la técnica jurídica, sino únicamente contrastar lo que se obtiene, con la dimensión que aportan casos específicos, que desde luego revisten particularidades diversas. Así las cosas, ¿no será conveniente que en vez de solamente confrontar con ideas, procedimientos y principios las explicaciones que se nos dan como válidos y nobles, también se opongan como argumentos contexto, escenarios y probables consecuencias?

45 Varios estudios dan cuenta que en México —país conformado por un mosaico de variedades étnicas, disímiles culturas regionales y distintas clases sociales—, expresar lo que se piensa en forma clara y breve, cuando es contrario a la opinión dominante, es percibido como impropio y suele entenderse como una afrenta, lo cual puede dar lugar a resentimientos individuales o de grupo. Tal situación se ha observado que es consecuencia

es uno de los valores fundamentales vivenciados a lo largo de la historia de México, no obstante, han existido momentos en que su realización efectiva ha sido decisiva.

Por cuanto hace a hechos históricos relacionados con el desprecio a los símbolos patrios, vale la pena exponer uno que el mismo ministro Cossío Díaz mencionó en su referido proyecto:

Por otro lado, también me queda una enorme duda de si lo que este señor está haciendo es tratar de ir un poco más allá de un nacionalismo superficial que se puede simplemente representar a través de los honores y nos está haciendo una invitación, como él lo dice, a que nos comprometamos un poco más allá con el asunto. Yo no estoy capacitado para hacer esto, pero recordaba algunos casos históricos como la carta de Víctor Hugo a Juárez, cuando se solidarizó con él por la intervención francesa; los escritos de Zolá en el caso Dreyfuss —por supuesto no estoy pensando que este señor tenga la calidad de uno o de otro— o la posición de don Antonio Díaz Soto y Gama en la Convención de Aguascalientes, en relación con la bandera nacional...

Aun cuando la anécdota referida al caso que se suscitó en nuestro país con motivo de la intervención de Díaz Soto y Gama, en la sesión de la Soberana Convención Revolucionario, celebrada el día 27 de octubre de 1914,⁴⁶ no tiene relación con un supuesto de expresión artística, ni tiene sentido pretender adecuar aquellos hechos a lo establecido por las disposiciones jurídicas relativas al asunto del poema de Witz, la misma, resulta interesante precisamente porque las palabras de Díaz Soto y Gama tenían un contexto e intención específicas, que en principio no fueron

del servilismo. *Cfr.* Ramos, Samuel, *El perfil del hombre y la cultura en México*, 2a. ed., México, Pedro Robledo, 1938, pp. 33 a 36, 44 a 49, 76 a 84 y 91 a 97; Echáñove Trujillo, Carlos A., *Sociología mexicana (superficie y fondo de México)*, 4a. ed., México, Porrúa, 1972, pp. 71 a 76, 149 a 155 y 229; Basave Fernández del Valle, Agustín, *Vocación y estilo de México. Fundamentos de la mexicanidad*, México, Limusa, 1989, pp. 107 y siguientes, 133 y ss. y 161 y ss.; Béjar Navarro, Raúl, *El mexicano. Aspectos culturales y psico-sociales*, 5a. ed., México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1988, pp. 33 y ss., y 155 y ss., García Ruiz, Alfonso, «Sociogénesis del mexicano», *Filosofía y Letras. Revista de la Facultad de Filosofía y Letras*, t.XXIII, núms. 45-46, enero-junio de 1952, p. 148; y, Thompson, Wallace, *The Mexican Mind. A Study of National Psychology*, Boston, Little, Brown and Company, 1922, pp. 32, 34, 135, 137, 138 y 278.

⁴⁶ Véase Quirk, Robert E., *La Revolución Mexicana 1914-1915. La Convención de Aguascalientes*, México, Azteca, 1962, pp. 116 a 121.

siquiera consideradas —ya no digamos comprendidas—, a pesar incluso de sus aclaraciones previas. Carente de toda sutilidad, las palabras que profirió buscaron estimular la reflexión crítica, pero no previno lo que el lábaro patrio representaba para sus colegas.

El suceso en comento aconteció cuando al pasar Díaz Soto y Gama a la tribuna literalmente expresó:

Creo que vale más la palabra de honor que la firma estampada en este estandarte, este estandarte que al final de cuentas no es más que el triunfo de la reacción clerical encabezada por Iturbide.⁴⁷ Yo, señores, jamás firmaré sobre esta bandera. Estamos haciendo una gran revolución que va expresamente contra la mentira histórica, y hay que exponer la mentira histórica que está en esta bandera...⁴⁸

En el momento en que se dirigía al auditorio, Díaz Soto y Gama tomó la bandera que colgaba a su lado y procedió a arrugarla y agitarla, en aquel instante hubo gritos de “¡No, no!” “¡Traidor!” “¡Fuera!”, incluso fue amenazado con arma de fuego por uno de los asistentes.

Con una actitud tolerante, pero definitivamente desaprobatoria, el ciudadano Ríos Zertuche solicitó a los demás: “debemos oír todos los errores que quiera decir el señor”, y acto seguido, el presidente de la Convención, el general Antonio I. Villareal, manifestó: “la mejor prueba de civismo que demos en estos momentos es permitir al orador que hable de lo que guste”.⁴⁹ Así Díaz Soto y Gama procuró aclarar el contexto de sus declaraciones:

⁴⁷ Para comprender el sentido y origen de nuestra bandera, así como para conocer la postura favorable a Iturbide consultese el artículo “Nuestra Bandera” en la obra de Junco, Alfonso, *Motivos Mexicanos*, Madrid, Espasa Calpe, 1933, pp. 7 a 12. El autor nos dice que los tres colores de nuestra bandera simbolizan: Religión, Unión, Independencia; y que han sido muchos quienes han intentado reemplazar a la Religión (fe católica romana) como el significado del color blanco. Para la revolución de Independencia Hidalgo y Morelos enarbolaron deliberadamente el estandarte de la Virgen de Guadalupe para atraer al pueblo.

⁴⁸ *Crónicas y Debates de las Sesiones de la Soberana Convención Revolucionaria*; (introducción y notas Florencio Barrera Fuentes), México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1964, t. I, p. 510.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 511.

Es verdaderamente lamentable que esta Asamblea no me haya comprendido. He empezado y he seguido hablando en nombre de México y en nombre de la patria. A lo que me he opuesto es que... ese nombre sagrado de Patria y México, lo utilicen como una simple farsa... Lo que yo vengo aquí a señalar es que no es lo mismo la Patria que el símbolo, como no es lo mismo Díos para el que cree en El, que el monigote o el pedazo de madera que ponen en los altares, que el pedazo de trapo que colocan como símbolo y representación. Vengo a hablar precisamente, a hacer presente la diferencia que hay entre los símbolos y la realidad; vengo a hacer presente que aquí todos somos mexicanos y todos somos patriotas... La bandera... símbolo [que] debemos respetar en lo que vale pues es permitido discutir, todo se discute,... y no he venido a discutir esta bandera; yo lo haría en otra parte... No vengo a discutir la noción de Patria; vengo simplemente a precisar una cosa aquí: se necesita libertad plena... El pueblo de México respeta ese estandarte, y yo lo respeto; pero que no se le traiga aquí como un trapo para que ese trapo sirva para encubrir... Yo creo que puedo hablar con toda libertad, porque si no pudiera uno hablar en la tribuna, entonces, ¿qué valdría esta Asamblea?... Aquí se ha discutido una idea y no se ha discutido un símbolo...⁵⁰

Finalmente, sus explicaciones resultaron válidas para muchos, pues fue ovacionado y aplaudido.⁵¹ Haya sido como fuere, a la distancia aquella escena muestra que más allá de las opiniones y convicciones propias de cada persona, hay símbolos que tienen una carga valorativa indiscutible, sea incluso real o aparente; y que, el pretender deslindar responsabilidades por provocaciones atrevidas o irreverentes, requiere de una ponderación que considere el contexto y las consecuencias provocadas.

El caso de Díaz Soto y Gama muestra una fórmula, sencilla pero sumamente efectiva, para la discusión de temas de naturaleza conflictiva o controvertible: que se aporte a la discusión la tolerancia que se espera recibir; en otras palabras, la ofensa *per se* básicamente denigra y, cuando más, constituye una provocación que no posibilita la comunicación y discusión de ideas.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 511 a 512.

⁵¹ Más que rectificar Díaz Soto y Gama retomo lo que inicialmente expresó, antes de las palabras que causaron indignación e ira: “[Yo] vengo a excitar el patriotismo... Probablemente en nuestro país todos los triunfadores abjurán de sus principios y de sus doctrinas. ...Es necesario que se invoquen símbolos que sean respetables, pero temo mucho que no se lleve en el alma el patriotismo, cuando parece necesario recurrir todos los días a las farsas...”. *Ibidem*, pp. 509 a 510.

Tolerancia (a la diversidad y pluralidad) ¿qué significa esto concepto tan utilizado en la cultura democrática occidental? ¿Acaso respeto? Sin aspirar a definir, la tolerancia se verifica en la capacidad de las personas para meditar sobre —o al menos no rechazar automáticamente— aquello que vaya contra sus convicciones. Si bien la realidad es única, lo que percibimos es producto de nuestra interpretación, de ahí que resulte un tanto subjetivo hablar de un correcto entendimiento, sin embargo, debemos siempre considerar las susceptibilidades que existen en torno a ciertos temas, lo cual no significa —en último término— optar por la autocensura, sino procurar un entendimiento de nuestra comunicación, porque el lenguaje —oral, escrito, corporal, simbólico o críptico— fracasa cuando deriva en la incomprendición, *i.e.*, la discordancia entre lo que se expresa y se percibe de ello.

Del caso referido, podemos extraer que las manifestaciones respecto de las tradiciones y las creencias, requieren no sólo de un contexto adecuado, sino de una tolerancia y respeto en las expresiones utilizadas, toda vez que las provocaciones que reclaman una actitud crítica, pueden tener consecuencias negativas e innecesarias.

2. *Estados Unidos de América*

Se ha aludido sobre el grado de preponderancia que la libertad de expresión ha tenido en la historia de México, y se ha reseñado un caso histórico de agravio a la bandera nacional, por lo que conviene describir un par de sucesos más extremos de “ultraje” a los símbolos patrios, pero en otro país, a fin de contrastar cómo en razón de las tradiciones políticas, sociales y culturales, la importancia y prelación de ciertos valores es distinta.⁵²

52 En diferentes comunidades pueden existir valores, virtudes o principios idénticos, pero con una carga distinta, un ejemplo podría ser el uso de la “mentira” que en nuestra sociedad tiende a apreciarse como algo relativamente común, en cambio, para los norteamericanos la acción de mentir no puede banalizarse, ya que por idiosincrasia la mentira simboliza falta de calidad moral y de carácter. Lo anterior, no significa que los americanos no acostumbren mentir, sino que consideran esa práctica como sumamente degradante, por lo que cuando son descubiertos tienen una reacción pública que no se ajusta a la nuestra, la cual procura pasarla por alto o minimizarla. Véase Esquivel Obregón, Toribio, *La Influencia de España y EE.UU. sobre México*, Madrid, Casa Editorial Calleja, 1918, pp. 95 a 97.

En los Estados Unidos de América han habido procesos judiciales por quema de banderas americanas, en los más relevantes de 1989 y 1990, el desaparecido ministro de la Corte Suprema William J. Brennan sostuvo⁵³ las siguientes tesis:

Quemar una bandera americana es una forma de expresión simbólica que debe protegerse por la Primera Enmienda, máxime si en ningún momento el acto en cuestión constituye una amenaza a la paz social.

Castigar la quema de la bandera diluiría la misma libertad por la cual ese emblema es tan respetado.

El gobierno no puede proscribir una idea por el mero hecho que la sociedad la encuentre ofensiva o desagradable.

Las decisiones correspondientes a cada caso, prevalecieron por un estrecho margen de cinco votos contra cuatro en la Corte Suprema de aquel país.

Sobre dicho criterio, el 27 de junio del presente año y respecto del mismo tema, pero en el ámbito del Poder Legislativo de los Estados Unidos de América, el Senado rechazó una enmienda propuesta para prohibir la profanación de la bandera estadounidense, dicha iniciativa impulsada por el grupo republicano y que fue el cuarto intento por contradecir el criterio del la Corte Suprema mediante, contó con 66 votos a favor y 34 en contra, por lo que solamente requirió de un voto para que la propuesta fuera enviada a los Estados para su ratificación. Si hubiese contado con las tres cuartas partes del Senado se habría convertido en la Vigésimo Octava Enmienda, pero se estimo que ésta violaría la Primera Enmienda que garantiza la libertad de expresión.

El senador Daniel Intuye expresó al respecto que, si bien, las faltas de respeto hacia la bandera le ofenden, aprecia que su deber es defender el

⁵³ En «Texas vs. Johnson, 491 U.S. 397, 414 (1989)», así como en «United States vs Eichman, 496 U.S. 310 (1990)». Véase Fiss, Owen, «El efecto silenciador de la libertad de expresión», *Isonomía*, México, núm. 4, abril de 1996, pp. 17 y ss. Un dato revelador sobre la cultura cívica americana, fue el hecho que durante el funeral del Juez Brennan como muestra de respeto y tributo de honor, su ataúd fue cubierto con una bandera, y se dispuso que las de los edificios públicos federales, bases militares, embajadas americanas en todo el mundo ondearan a media asta.

derecho constitucional de manifestar el disentimiento de forma no violenta.

En cada uno de los casos relatados, diversas asociaciones de orientación patriótica manifestaron su rechazo absoluto por las decisiones emitidas. Bill Frist el líder de la mayoría (republicana) en el Senado, sostuvo que quemar una bandera no tiene nada que ver con la libertad de expresión, y que muchos “hombres y mujeres han muerto defendiendo esa bandera”. Obviamente, nosotros pensamos que esta afirmación deformó el sentido, porque el sacrificio aludido no se debe a la bandera misma, sino en todo caso, a lo que ésta representa.

3. Turquía y la Unión Europea

El 6 de febrero de 2005, el escritor turco Orham Pamuk declaró al diario suizo *Tages-Anzeiger* que en Turquía, a principios del siglo XX en la época otomana, fueron asesinados 30 mil kurdos y un millón de armenios, y que el discutir sobre esa ignominia en su país era tabú. En Turquía, la entrevista fue transcrita en la revista *Aktüel* y ello provocó que la fiscalía del distrito de Sisli (Estambul), le abriera proceso y lo acusara de haber “ultrajado deliberadamente la identidad turca” y por tanto, de transgredir la ley.

El artículo 301 del nuevo Código Penal establece:

- 1) El agravio público a la identidad nacional turca, a la República o a la Gran Asamblea Nacional de Turquía se castigará con pena de prisión de seis meses a tres años.
- 2) El agravio público al gobierno de la República de Turquía, a las instituciones judiciales del Estado, a las fuerzas armadas o a las estructuras de seguridad se castigará con pena de prisión de seis meses a dos años.
- 3) En los casos en que el agravio a la identidad nacional turca lo cometa un ciudadano turco en un país extranjero, la pena se aumentará en un tercio.
- 4) La expresión de pensamientos cuyo fin sea la crítica no constituirá delito.

Sin discutir acerca del hecho que el referido Código Penal fue aprobado después de las declaraciones del escritor, y que por otra parte, se tenía

el antecedente que el Tribunal de Delitos Graves de Estambul ya había juzgado por el mismo delito y por separado al periodista turco-armenio Hrant Dink y a la novelista Elif Shafak, las manifestaciones del literato provocaron no sólo que sectores como los nacionalistas reaccionaran con una ola de protestas, agresiones e insultos, sino que la autoridad misma lo hostigó de forma tal que se vio obligado al exilio involuntario, inclusive, un gobernador provincial ordenó una quema de sus libros.

Durante las audiencias preliminares, que concluyeron con la determinación del tribunal de cerrar el caso, Pamuk declaró: “lo que dije no es un insulto, es la verdad. ¿Pero qué pasa si es incorrecto? Correcto o incorrecto ¿acaso la gente no tiene el derecho de expresar sus ideas de forma pacífica?”. Al respecto, el escritor español Juan Goytisolo señaló que, “la labor de los intelectuales consiste en la crítica de lo propio y el respeto a lo ajeno, en lo que tiene de respetable”.

El caso nos parece importante porque si bien el orden y la moral públicas fueron alteradas y confrontadas en cierto grado, la lógica de crecimiento de las libertades públicas en el discurso internacional tuvo un efecto determinante por la importancia que se le dio al asunto, al convertirlo en objeto de preocupación mundial basta registrar que:

Bruselas advirtió al gobierno de Ankara que el proceso significaría un juicio a la libertad de expresión en Turquía, manifestación nada irrelevante por el interés de integración de dicho país a la Unión Europea.⁵⁴

El 23 de octubre de 2005, la edición 57a. edición de la Feria del Libro de Frankfurt le otorgó al novelista su Premio de la Paz.

⁵⁴ El 3 de octubre de 2005, se iniciaron las negociaciones formales para la adhesión de Turquía a la Unión Europea, con dos condiciones para Turquía: que reconozca la república chipriota y abandone la ocupación militar de isla en la parte oriental; y, que prosegua con las reformas en materia de derechos y libertades civiles. Sobre esto último, a mediados del mes de octubre de 2006, el ministro turco de asuntos exteriores, Abdulá Güil, comentó que en su país se busca derogar el artículo 301 del Código Penal turco, como consecuencia del informe del comisario de Ampliación, Olli Rehn, que será aprobado por la Comisión Europea el 8 de noviembre de 2006, en donde seguramente se solicitará la derogación del delito que establece penas de cárcel por denigrar “la identidad turca”, aspecto decisivo en tanto que la obtención del voto favorable de la Eurocámara es condición necesaria para todo país que busca entrar en la Unión Europea.

El 12 de octubre de 2006, la Academia Sueca de la Lengua informó que el escritor había sido galardonado con el Premio Nobel de Literatura en su edición del año 2006.

Hubo quienes insinuaron —en el diario alemán *Frankfurter Allgemeine*— que todo fue parte de una estrategia para decantar al jurado del premio Nobel a favor de Pamuk; tal elucubración, es por demás importante porque, con independencia de su veracidad,⁵⁵ se fundó nada menos que en el hecho que la limitada libertad de expresión es tal, que permite impulsar una figura en razón de una polémica.

Pero esa misma relevancia internacional, permite esgrimir la defensa de la libertad de expresión con otros fines menos nobles; es el caso de utilizar la libertad de expresión como recurso retórico⁵⁶ de lo que se configura como “políticamente correcto”, para en realidad desviarse a otros temas que nada tiene que ver con ella. Lo anterior, es posible siempre que la fuerza del *discurso de los derechos humanos* reside en que impone el juicio ético en el razonamiento jurídico, y por ende se erige como un discurso legítimo y legitimador, pero también indeterminado e incoherente, por lo que pueda dar cabida a intereses opuestos al contenido y los fines de los derechos en cuestión.⁵⁷

Un ejemplo de lo anterior, es el hecho que el 12 de octubre de 2006, la Asamblea Nacional francesa aprobó una ley que prohíbe bajo penas de prisión y multa la negación del hecho del genocidio contra el pueblo armenio por parte de las fuerzas del Imperio Otomano en 1915. Lo curioso, es el dato que solamente 106 diputados votaron a favor, frente a 19 que

⁵⁵ Un dato esclarecedor es la consistencia del reciente Nobel con la defensa de la libertad de expresión, ya que fue el primer escritor del mundo musulmán en condenar la *fatwa* contra Salman Rushdie por su obra *Los versos satánicos*.

⁵⁶ El semiótico Barthes denominó esa clase de recurso retórico como la *doxa*, y la describió como la opinión corriente, el sentido repetido que es evidente, pero que no se identifica claramente, el espíritu mayoritario y su violencia del prejuicio. Frente a la *doxa* se debe tomar distancia y dotar de contenido a los términos utilizados. Véase Roland Barthes, Roland, *Roland Barthes* (traducción Susana Sucre), Barcelona, Kairos, 1978, pp. 133 y ss.

⁵⁷ Véase Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, «Instrucciones para salir del discurso de los derechos», estudio preliminar a Brown, Wendy y Patricia Williams, *La crítica de los derechos* (trad. Isabel Cristina Jaramillo Sierra), Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Instituto Pensar-Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, 2003, pp. 16-23.

lo hicieron en contra, al tiempo que de manera significativa 452 diputados deliberadamente se ausentaron para no asistir a la votación; en contra dicha ley, se ha señalado que no se debe legislar para limitar la libertad de expresión por más que se tergiverse la historia, máxime si a Francia le ha resultado complicado determinar qué responsabilidad se tiene por el colaboracionismo con la ocupación nazi. Se ha apuntado que el móvil detrás de la polémica reforma es la intención de alejar o complicar la posibilidad que Turquía se adhiera a la Unión Europea, en el reciente escenario del resultado negativo del referéndum francés sobre la Constitución Europea.

* * *

Por último y a partir de las diversas reflexiones que podemos derivar en virtud de lo expuesto, sería interesante además meditar sobre la propuesta de Ulrich Beck, la cual —vistas las complejidades de calificar correctamente las expresiones, más aún las artísticas, y en atención a la tendencia a restringir en general los derechos para evitar manifestaciones “espurias”—, prescribe que, “habrá que pensar, comprender y ejercitarse en la lógica, sólo a primera vista paradójica, de tener que combatir los abusos de la libertad con más libertad, por medio de experiencias de libertad que despierten y renueven responsabilidades”.⁵⁸

Lo anterior, no es simple retórica si en el plano práctico se decide cómo debe comprenderse y funcionar la libertad en una sociedad como la nuestra, cuya relación con el poder es más de subordinación que de coordinación y retroalimentación. Ahora bien, en el plano teórico —por encima de cualquier postura y corriente— uno de los debates más significativos de la actualidad, es comprender si la libertad es fuente, o valor en declive, de la modernidad o posmodernidad, como sea que quiera calificársele.



⁵⁸ Beck, Ulrich (comp.), *Hijos de la libertad* (trad. Mariana Rojas Bermúdez), 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 354.