

DE POEMAS, BANDERAS, DELITOS Y MALAS DECISIONES. LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE SOBRE EL CASO WITZ*

Juan Antonio CRUZ PARCERO**

SUMARIO: I. *El poema maldito*. II. *Los derechos constitucionales*. III. *Los abusos de derecho penal*. IV. *La libertad de expresión*. V. *Los límites de los derechos*.

I. EL POEMA MALDITO

El poeta campechano Sergio Witz tuvo el infortunio de escribir un poema que probablemente lo lleve a prisión o al pago de una multa. Algunos consideraron al poema un atrevimiento intolerable, otros un “seudo poema” (esta fue la opinión de uno de los Ministros de la Suprema Corte el día que se debatió el proyecto que le concedía amparo y que fue finalmente rechazado, entre otras cosas con este tipo de opiniones). El poema se presta al debate y a tomar posturas encontradas dependiendo donde se sitúe el lector. El poema usa expresiones fuertes, que invitan a calificarlo de indecente, obsceno, atrevido, o quizá de valiente, osado, y agréguele ustedes las que gusten a favor o en contra. Para que el lector juzgue por sí mismo reproduzco el poema: “Yo/ me seco el orín en la bandera/ de mi país,/ ese trapo/ sobre el que se acuestan/ los perros/ y que nada representa,/ salvo tres colores/ y un águila/ que me producen/ un vómito nacionalista/ o tal vez un verso/ lopezvelardiano/ 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”.¹ ¡Tan impropias son las

* Agradezco las valiosas observaciones y aclaraciones que me hizo Francisca Pou sobre este caso y que contribuyeron a eliminar muchas imprecisiones en versiones anteriores de este texto.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas y profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ Reproducido por el periódico *La Jornada* el 6 de Octubre de 2005 en la nota “‘Ultra-je’, determina la Corte al juzgar el poema *La patria entre mierda*”, de Alfredo Méndez Ortiz. El poema apareció originalmente en la revista *Criterios*, Campeche, 2001.

palabras “culo” y “mierda” que el diccionario de Microsoft Word de mi computadora, tan políticamente correcto, las marca como un error y las subraya con rojo!

Si de una discusión literaria se hubiera tratado quizá entonces el jurado hubiera podido con toda libertad expresar sus opiniones estéticas o políticas para denostar el poema y tacharlo de “seudo poema” y de antinacionalista. Pero desafortunadamente lo que aquí nos ocupa no se trató de un concurso de poesía sino de un juicio constitucional. Los ministros no ocupan tan digno cargo para hacernos saber sus opiniones estéticas, sus creencias o sus convicciones patrióticas y menos para decidir con base en ellas. Pero esto desgraciadamente no les queda claro al menos a los tres ministros que tomaron la decisión de declarar que en México escribir contra la bandera está prohibido, que ultrajarla de palabra es uno de los límites constitucionales que tenemos y que además, en su opinión, correctamente –desde el punto de vista constitucional- constituye un delito.

El caso del poema llegó a la Suprema Corte de Justicia en enero del 2004 porque Sergio Witz promovió primero un amparo contra el auto de sujeción a proceso que le dictó un Juez de Distrito por el delito de ultrajes a los símbolos patrios, y posteriormente un recurso de revisión por el fallo que confirmó dicho auto. El 5 de octubre del 2005 la Primera Sala de la Corte emitió el fallo en sesión pública, donde se rechazó el proyecto de concederle el amparo que presentó uno de los ministros; la decisión fue dividida con una votación de tres contra dos. La sentencia se hizo pública hasta diciembre.² Lo que la Suprema Corte tenía que decidir era si el delito de ultrajes de palabra a las insignias nacionales (Art. 91 del Código Penal Federal) era o no inconstitucional por oponerse a dos de los derechos constitucionales más importantes en una democracia, la libertad de manifestar ideas (libertad de expresión) y de publicarlas (libertad de prensa), respectivamente consagradas en el artículo 6º y 7º de la Constitución.³

² Amparo en revisión 2676/2003. Quejoso: Sergio Hernán Witz Rodríguez.

³ 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. 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. También existe legislación internacional en materia de derechos humanos rati-

Por algunos detalles legales de la manera en que se tramita el juicio de amparo, sobre los cuales no voy a entrar, el caso concreto del poema de Sergio Witz no se analizó en la sentencia, que se circunscribió al análisis del precepto legal que se le aplicó. Aunque evidentemente estuvo más que presente en la mente de los Ministros, ya que así lo hicieron manifiesto en sus opiniones en la sesión pública del 5 de octubre de 2005, en que se debatió y rechazó el proyecto del ministro José Ramón Cossío, quien posteriormente junto con el Ministro Juan Silva Mesa emitieron un voto particular en contra de la sentencia de la mayoría formada por los Ministros José Gudiño Pelayo, Olga Sánchez Cordero y Sergio Valls Hernández.

El caso del poema *indecente y ultrajante* logró exaltar los ánimos patrióticos que al final ensombrecieron las razones, pese a que la función de los ministros es justificar y motivar sus decisiones, esto es, dar buenas razones que apoyen sus decisiones, y las buenas razones en el Derecho no son aquellas que siempre están del lado de las simpatías de las mayorías, en este caso de las mayorías patrióticas.

II. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La Constitución, eso no queda la menor duda, protege la libertad de expresión. También está claro que la Constitución no nos dice que tengamos la obligación de respetar a los símbolos patrios. Lo que sí dice la Constitución en su artículo 3º Constitucional es que la educación que imparta el Estado *tenderá a fomentar el amor a la patria*. Pero a menos que uno quiera torcer las cosas la obligación de fomentar el amor a la patria que se desprende de aquí es para el propio Estado al momento en que éste imparta educación. En México nadie tiene la obligación jurídica de amar a la patria y a sus símbolos patrios, tampoco tenemos la obligación constitucional de respetarlos. Esto no significa sostener que no tengamos un deber cívico de respetarlos, pero estos deberes no se derivan de la Constitución, sino de reglas sociales; quizá para alguna clase de personas en específico (militares, profesores de educación básica de escuelas privadas), los deberes se desprendan de algunas leyes secundarias. Hay una excepción, los ministros de culto sí tienen la obli-

ficada por México que refuerza estas libertades, véase al respecto el voto particular de los ministros Cossío y Silva Meza.

gación constitucional de no agraviar a los símbolos patrios según el artículo 130 de la Carta Magna y hasta donde se sabe Sergio Witz no es un ministro de ningún culto ni profesor de primaria.

De aquí que atinadamente algunas decisiones de la Suprema Corte han establecido en casos anteriores la obligación de los servidores públicos que realizan funciones de maestros para que cumplan con esa obligación y no se sustraigan de ella argumentando objeción de conciencia por motivos religiosos.⁴ Habrá además que decir que esto vale en todo caso para cierto tipo de educación, es decir, vale para la educación básica, no para la educación superior. Pero sobre este punto no quiero abundar más para no desviarnos del tema principal.

El artículo 3º constitucional establece que:

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

Pero también establece que:

II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

De modo que si bien la Constitución ordena al Estado fomentar el amor a la patria, ello debe hacerse de modo de no caer en el extremo de fomentar el fanatismo y los prejuicios. El *patriotismo* en muchos casos se convierte en fanatismo y genera prejuicios. Más adelante me ocuparé de este tema que es de gran importancia.

⁴ Pero es relevante resaltar en este punto, cómo esa obligación es restringida a los maestros y otros funcionarios del Estado, quizá se pueda aceptar que también se extiende a otros maestros de escuelas privadas que brinden educación básica, pero es claro que por ejemplo no se trata de ninguna forma de una obligación jurídica de los alumnos, en todo caso se puede tratar de un deber cívico, que según ha sostenido la CNDH en distintas recomendaciones no puede estar por encima de algunas libertades como la libertad de conciencia y de religión, o del mismo derecho a la educación. De modo que cuando se han presentado casos de niños Testigos de Jehová que se niegan a rendir culto a los símbolos patrios se les ha protegido por estas razones contra sanciones de las autoridades escolares.

El delito de ultrajes a las insignias nacionales (Art. 191 del Código Penal Federal),⁵ efectivamente impone una obligación de no ultrajar al escudo y al pabellón nacional de palabra o de obra, pero el problema que se planteó a la Corte es si este delito contraviene la libertad de expresión y de prensa, en otras palabras, si la obligación de no hablar mal de la bandera que genera esta norma es una restricción válida de la libertad de expresión protegida por la Constitución .

El problema se podría plantear con la siguiente pregunta ¿tenemos los mexicanos —y no sólo los mexicanos pues los derechos constitucionales protegen a cualquier persona- la libertad de hablar mal contra los símbolos patrios (escudo y bandera nacionales)?, quizá alguien juzgue que esta formulación no es la que la Corte tuvo que decidir, en todo caso pongámosla en términos más radicales: ¿la libertad de expresión que tenemos nos protege al momento de insultar los símbolos patrios?, ¿podemos insultar los símbolos sin vernos sometidos a un juicio penal y ser condenados por ello? Estas preguntas pueden despertar una respuesta negativa apresurada, pero intencionadamente hago la formulación de las preguntas de la forma más radical de modo que podamos entender el conflicto en su dimensión más extrema para algunos. Sin embargo, creo que la manera más neutral de reformular la pregunta sería la siguiente: ¿Tenemos libertad para expresarnos respecto a los símbolos patrios sin que ninguna autoridad juzgue si estamos insultándolos o no, y sin que por ello tengamos que ser juzgados y condenados?

Esta pregunta es algo menos dramática y quizá evita que nuestro nacionalismo se anteponga para dar una respuesta. La pregunta así planteada es una pregunta constitucional, es ahí donde podríamos decir que lo que nuestros sentimientos o nuestras convicciones nacionalistas nos impulsen a decir no cuentan si no encuentran apoyo en buenos argumentos. Si gusta o no el poema de Witz no debe importar para estos efectos, tampoco debió haber contado si a los ministros les gustó o no. De ahí que sea válido reprocharles algunos de los comentarios del todo improcedentes vertidos el día de la cesión pública de la Primera Sala. Era innecesario, y es un exceso de parte de algunos de los ministros haber dicho que no se trataba de un poema, sino de un seudo-poema. Su opinión como críticos literarios no es relevante, no debería importar; nadie los nombró Ministros para hacer crítica literaria y ningún ciuda-

⁵ 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 de juez.

dano mexicano merece que ellos se pronuncien en cesión pública, en su calidad de Ministros, en ese sentido. Es un exceso de su parte del todo injustificado. Lo que cada uno piense sobre los méritos estéticos es asunto suyo y no debe ser parte de las razones que se presenten en un debate constitucional. Los Ministros tiene el derecho, como cualquier persona de tener la opinión que quieran al respecto, pero en tanto Ministros no pueden ofrecer ese tipo de razones. Quizá este mero hecho pueda generar la sospecha de que su actuación fue parcial y prejuiciada. Pero no es el objetivo de este trabajo profundizar sobre el tipo de implicaciones que se pueden derivar de su mal desempeño en este sentido.

Lo que haré en este artículo es argumentar, primero, que existe una creencia errónea entre los juristas, y mucha gente en lo general, de creer que el Derecho penal sirve para todo y que cualquier conducta que queramos reprobar, cualquier cosa que consideremos indecente o inmoral hay que castigarla penalmente (sección 3). Segundo, me referiré a la importancia que tiene la libertad de expresión, pero específicamente la expresión de ideas políticas y artísticas y por qué estas libertades merecen una amplia protección constitucional. Defenderé también la idea de que el *antipatrotismo* es una posición política seria y respetable basada en buenos argumentos, y por ello debe estar protegida constitucionalmente, como cualquier otra ideología o creencia que merezca respeto o tolerancia (sección 4). Tercero, sostendré que el tema de los límites a las libertades y en general a los derechos constitucionales merece atención especial y trataré de demostrar qué aspectos hay que considerar cuando se plantea el asunto en términos constitucionales, en resumidas cuentas, trataré de sostener que se trata de un asunto serio que no debe tratarse con tanta ligereza como lo hicieron tres ministros de la Suprema Corte en el caso Witz y argumentaré para demostrar que las razones que tratan de justificar su decisión son simples falacias, es decir, “seudo-razones” (sección 5).

III. LOS ABUSOS DE DERECHO PENAL

Existe la creencia, por desgracia muy extendida entre juristas y políticos, de que el derecho penal sirve para todo, que cualquier conducta que queramos reprobar, que consideremos indecente o inmoral, por ese solo hecho, se justifica la aplicación de sanciones penales, esto es, de sanciones que afectan de manera drástica las libertades y los derechos del trasgresor. La justificación de las penas es un asunto de la máxima

importancia en una sociedad democrática, pues dicha justificación atiende a razones de diversa índole. No basta que una conducta sea considerada indecente o inmoral. Si uno acepta que existe una diferencia entre la indecencia y la moralidad, el caso que analizamos sería un acaso de una expresión indecente, pero dudosamente la discusión podría plantearse en términos de inmoralidad.⁶

Para que se justifique una pena es necesario, aunque no suficiente que el acto que se reprime sea inmoral. Pero además de ello es necesario que exista un daño a otros, lo que los penalistas llaman la lesión de un bien jurídico es esencial para justificar la imposición de una pena y en este caso habría que analizar qué se está lesionando. El daño a un símbolo (en nuestro caso uno patrio) puede consistir en destruir una bandera (quemarla por ejemplo), en estos casos existe un daño a un objeto, esto es la lesión de un bien jurídico patrimonial, pero eso no es una respuesta adecuada del todo para entender el asunto, pues la bandera podría ser propiedad del que la destruye. La cuestión interesante es qué otra cosa se lesiona cuando alguien quema una bandera o escribe un poema insultando a la bandera. Decir que alguien se limpia el culo en la bandera no es limpiarse el culo con ella, es decir, no se está ensuciando, se trata de un insulto, ¿pero quién resulta lesionado?, ¿el símbolo? Difícilmente podríamos decir que el ofendido es el símbolo, podemos aceptar que una bandera se destruyó, o se ensució, etc., pero no que se sintió ofendida. Muchos pueden decir que son a terceros a los que se ofende, pero ¿es ese supuesto daño el que se protege?

Hay delitos que por desgracia no contemplan ninguna lesión que pueda actualizarse, sino que sencillamente estipulan que dada cierta conducta se produce una lesión; en estos casos podemos decir que no justifican la pena que imponen. Algo fundamental que se debió haber analizado en la Sentencia es este punto, pues que el delito sea o no inconstitucional depende en mucho de cómo respondamos a estas preguntas. Sin embargo, entre algunas corrientes de penalistas quizá algo anticuadas, cuando no se puede encontrar cuál es el bien jurídico o este no es evidente, se inventa o estipula alguno extraño. Tal es el caso por ejemplo de decir que el bien jurídico afectado en el delito de ultrajes es “la dignidad de la Nación”. Uno de los graves problemas de algunas doctrinas jurídicas es postular entidades que resultan imposibles de ve-

⁶ Remito al lector al voto particular de los ministros Cossío y Méndez Silva donde se dan razones para descartar esta posibilidad.

rificar en los hechos, de modo que se convierten en un cheque en blanco para quienes hacen uso de tales doctrinas.⁷

Este es el caso de la lesión que se produce por ultrajar a los símbolos patrios. Es falso y falaz sostener que el ultrajar los símbolos atenta o daña a la dignidad de la nación, y lo es porque la idea de “daño” no significa nada en enunciados de este tipo. Cuando alguien comete algún otro delito, por ejemplo, lesiones, fraude, injurias, etc., el que exista un daño es algo que puede verificarse, tiene sentido discutir si se produjo o no dicho daño y hay maneras razonables de probar esto. Pero en este caso se trata simplemente de una estipulación doctrinal, que no podría corroborarse de ninguna forma o por ningún tipo de prueba científica. Tampoco sería nada sencillo defender la idea de que se daña la *unidad* de una nación, pues ésta además de ser una idea muy vaga y controvertible desde el punto de vista sociológico, dependería en todo caso de muchos factores, donde los símbolos si bien juegan cierto papel no es fácil determinar en qué grado contribuyen ni en qué grado pueden afectar la unidad, más difícil aún sería determinar si un insulto o ultraje afectan dicha unidad. Algo que resulta sin duda más importante es que los miembros de una Nación consideren que la autoridad y el derecho son legítimos. La legitimidad se consigue en buena medida cuando los derechos de los ciudadanos son respetados y protegidos por las instituciones. La Constitución es por ello un factor de unidad y los derechos fundamentales que se protegen en ella, junto con las bases de instituciones justas, son en gran medida fuente de legitimidad del poder y factor de unidad. Por ello resulta paradójico que a los ministros les preocupe tanto la dignidad y la unidad nacional, pero tengan tanto desapego por la protección de los derechos constitucionales, como veremos más adelante.

IV. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

No hay duda que nuestra Constitución protege la libertad de manifestar ideas y de publicarlas. Pero hay especialmente tres aspectos de estas libertades que resultan en todo momento cruciales en una sociedad libre. La libertad de manifestar creencias religiosas, la de manifestar

⁷ Remito a una crítica interesante y pertinente a la teoría del bien jurídico protegido en Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1989, especialmente capítulo IV “La Teoría del bien jurídico protegido”, pp. 55-83.

ideas políticas y, una generalmente ignorada en los escritos teóricos, la libertad de creación artística, es decir, de manifestarse artísticamente.

Sobre la primera no voy a referirme por no ser especialmente atinente en este caso, aunque eso no implique que surjan problemas entre creencias religiosas concretas y ciertas obligaciones respecto de los símbolos patrios como las ya aludidas anteriormente respecto de los maestros y los ministros de culto.

La manifestación en general de cualquier idea está en principio protegida pues se reconoce que el bienestar del individuo en alguna medida depende de la posibilidad que tenga no sólo de comunicarse con otros sino de hacerles saber a los demás sus pensamientos, sus deseos y sus sentimientos. Claro está que muchas de las cosas que se expresan pueden tener poco valor en sí y las personas mismas valorarán más o menos su propia libertad en la medida en que su interés de expresarse sea parte importante de su forma de vida. Pero la libertad de expresión además de considerarse un valor del individuo es un valor social y sobre todo de esto último depende el peso y el valor que le damos a la libertad de expresión y de prensa.

Esto no significa que la libertad de expresión no tenga límites, es común aceptar que esta libertad se puede ejercer en la medida en que no se dañe o lesionen derechos de terceras personas o cuando existe el peligro de que ello pueda ocurrir. Pero aquí hay que aclarar que ese daño debe ser a derechos importantes de otras personas, esto es, cuando afecte o ponga en riesgo su vida, su dignidad, su honor, su intimidad, su salud, etc. No significa que cuando otro se sienta ofendido o lastimado es sus creencias o sus sentimientos se tenga que limitar el derecho de otros a expresarse. También hay casos donde cada sociedad determina algunos límites que parecen justificados atendiendo a circunstancias particularmente relevantes en esa sociedad. Por ejemplo, en al menos siete países europeos es un delito negar que haya existido el holocausto en la Segunda Guerra Mundial, y en Francia además es un delito negar el genocidio armenio. Estos funcionan como claros límites a ideologías de corte fascista o totalitarias, que sin estar proscritas tienen estos límites por razones históricas y políticas justificables. En ningún país democrático del mundo la libertad de expresión es absoluta, pero a diferencia de países autoritarios o regidos por ideologías oficiales de cualquier índole sean religiosas o políticas, en las democracias existe una amplia libertad de expresión y las restricciones deben de justificarse plenamente. Otras normas sociales son relevantes (normas de urbanidad, de moral social o convencional, de ética profesional, etc.) a la hora de trazar algunos límites a la libertad de expresión. El derecho, sobre todo el penal, ha de intervenir sólo cuando se produce una afectación de

derechos de terceros, cuando se produce un daño o hay un peligro grave de que ello ocurra (esto no significa que sea la única justificación para usar el derecho penal, es simplemente un requisito necesario pero no suficiente). En algunos casos el derecho refuerza ciertas reglas de urbanidad imponiendo sanciones administrativas menores (multas o arrestos) con el objetivo de asegurar que algunos espacios o instituciones funcionen adecuadamente. Si una persona, por ejemplo, asiste a un concierto o a una sala de cine, no tiene por qué dar un discurso político ahí por más que tenga un derecho a expresarse políticamente; si uno asiste a un evento académico a escuchar a un profesor no quiere que otra persona interrumpa cantando para hacer una colecta; si uno asiste a una audiencia pública y no es parte en el proceso o un testigo llamado a declarar, no está permitido que los asistentes hablen o interrumpan, aún cuando creyeran que tienen algo relevante que decir. Yo no podría interrumpir una sesión de la Suprema Corte para hacerles la observación de que están usando argumentos falaces. Los ilícitos que se puedan generar, y quizá algunos delitos, están justificados porque se pretende preservar el funcionamiento de las instituciones y de ciertas actividades públicas, que a fin de cuentas sirven para proteger derechos de terceros, o son espacios donde estos pueden ejercer algún tipo de actividad a la cual tienen derecho, en otras palabras, se altera el orden público. La protección no es para la dignidad de las instituciones ni cosas extravagantes, si a algunas autoridades se les protege contra algunas formas de expresión obscena es para salvaguardar el funcionamiento de las instituciones y el servicio que prestan a la comunidad, no porque haya algo intrínsecamente valioso en ellas.

La libertad de expresión, como se dijo, es valiosa no sólo por proteger los intereses de quien se expresa, sino más aún porque en un sistema democrático hay un interés general por que se expresen las ideas más variadas y por que no exista represión a esas manifestaciones salvo que ocasionen algún daño a otros. Existe en ocasiones una tensión entre el interés de quien se expresa, el interés general y los intereses de terceros. En ocasiones, aunque se genere un daño a terceros el interés general justifica la protección de la libertad de expresión. La violación de la privacidad o del honor, por ejemplo, son insuficientes a menudo para justificar la restricción de la libertad cuando se trata de personajes del ámbito público-político; en cambio suelen aceptarse como límites aceptables cuando no existe un interés general justificado, sino acaso algún interés morboso en saber de la vida de ciertos personajes públicos como los artistas o deportistas. Como ha sostenido Joseph Raz, cuando a las personas les es requerido hacer un sacrificio substancial en el nombre de los derechos civiles y políticos de un individuo, esto no es porque en algunas cosas el interés del individuo o el respeto debido a él prevalez-

can sobre el interés de la colectividad o de la mayoría, sino porque al proteger el derecho del individuo uno protege el interés común y de este modo sirve al interés de la mayoría.⁸

En el caso Witz no hay derechos de terceros afectados porque no hay un derecho jurídico de ningún individuo a que los demás respeten los símbolos patrios. Cualquiera que haya denunciado el delito lo habrá hecho porque sabía que existía el delito, no porque haya tenido algún derecho a que Witz se abstuviera de escribir lo que escribió o porque se le hubiera causado algún tipo de daño a sus derechos, aunque es plenamente comprensible que muchas personas se pueden sentir indignadas y lastimadas en sus sentimientos patrióticos por dicho poema.

En una sociedad democrática la libertad de manifestar ideas políticas y la de expresarse artísticamente (libertad de creación artística) son especialmente importantes porque son libertades que tienden a entrar en conflicto con los intereses de los gobiernos y, en general, de quienes detentan el poder; se suele pues usar el poder público para suprimir ciertas ideologías, para acallar a ciertos opositores o reprimir ciertas corrientes o modas artísticas. Normalmente expresar ideas sobre cómo deben hacerse los chiles en nogada o sobre cómo debería jugar un equipo de fútbol no suelen llamar la atención del poder. Tampoco es de *interés público* saber si un artista sale o no con cierta persona, ni si tiene un departamento en Miami. Si en ocasiones se restringen cierto tipo de expresión es porque su divulgación puede afectar el honor o la privacidad de ciertas personas, sin que ello contribuya al *interés público*. En cambio la manifestación de ideas políticas y la libertad artística merecen una amplia protección constitucional porque suele haber, en principio, un interés público de por medio.

Respecto a la manifestación de ideas políticas podemos decir que a través de ella se logra que todos puedan expresar sus preferencias e ideologías concernientes con asuntos públicos generales y con asuntos de gobierno; que puedan apoyar u oponerse a determinados proyectos políticos, y que, en general, puedan elegir su gobierno, controlarlo mediante la crítica y presentar sus demandas o sus proyectos. Esto incluye manifestar desacuerdos sobre ciertos valores sociales. Aún las ideas más críticas deben ser respetadas y protegidas; en una democracia el disenso y la protección de las minoría es algo fundamental. La Constitución debe proteger la manifestación más amplia de ideas políticas, aún las menos atractivas para la mayoría. No sostengo, y muy pocos lo hacen, la idea de que no haya límites. Los sistemas democrático-

⁸ RAZ, Joseph *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 52-53.

constitucionales deben ser sensibles al hecho de que ciertas ideologías políticas y ciertas creencias implican apoyar el desprecio y/o la violencia contra otras personas por motivos raciales, religiosos, sexuales, del todo injustificados. En estos casos la libertad de expresión política puede ser restringida si en el caso concreto se presenta una afectación o el peligro real de una afectación de los derechos de otras personas. Sin embargo, pese al peligro que pueden representar en casi todos los países democráticos suelen haber ciudadanos, agrupaciones o incluso partidos extremistas que manifiestan sus ideas políticas con libertad. La tolerancia es un valor en una democracia, los límites de la tolerancia es algo que una sociedad democrática tiene que discutir y justificar.

La libertad de creación artística es una forma de manifestar ideas que merece especial protección, el que un ser humano pueda expresarse artísticamente es considerado algo valioso intrínsecamente, aunque muchas veces la expresión artística –por implicar una carga emotiva o estética determinada–, así como puede despertar la aprobación y admiración del público, tenerse por poco convencional, provocativa, suele acarrear también desde la crítica estética hasta el rechazo o repudio ético-políticos. En ocasiones el artista procura despertar emociones del auditorio o del espectador, esa relación con las emociones implica que el artista busque tocar esas fibras sensibles del público, eso me parece es parte de la experiencia artística. En una sociedad democrática la concepción del arte es y debe ser plural. Esto no significa que no haya también límites. El Estado en algunas ocasiones puede justificadamente promover cierto tipo de manifestaciones artísticas con fondos públicos, pero sin que ello implique adoptar o imponer una concepción particular del arte en sus distintas expresiones. La libertad artística debe ser lo más amplia posible, aunque eso genere la desaprobación de algunos que se vean lastimados en sus gustos, sus sentimientos o creencias. No en pocas ocasiones hemos tenido en México problemas de censura cuando se muestran cuerpos desnudos, relaciones sexuales, se hace alusión a símbolos de la religión católica, se tratan temas políticos incómodos para algún funcionario o para cierto grupo de poder, etc. No podemos dejar de recordar que los artistas y poetas son muchas veces quienes más sufren la persecución, la represión y la muerte en sistemas autoritarios y represivos. La libertad artística no se justifica necesariamente del mismo modo que la manifestación política, pero en no pocos casos los artistas manifiestan sus ideas políticas a través de sus obras, de modo que hay una conjunción de valores.

Este es el caso donde considero nos coloca el poema de Witz. Quizá situar aquí el caso es una cuestión debatible, pero si alguien quiere opinar otra cosa creo que no puede hacerlo diciendo que se trata de un pseudo-poema o que es un muy mal poema.⁹ El poema de Witz, sin pretender juzgarlo estéticamente, puede verse como un poema político por su contenido. El *antipatriotismo* es una posición política que no pocos pensadores ilustres han defendido y defienden. El rechazo del patriotismo es un tema de debate que debe importarnos.

Si bien muchos pensadores consideran que el patriotismo es una virtud, muchos otros consideran que, al menos en la formación de nuestros juicios ético-políticos, nuestra membresía a una comunidad nacional no debería contar, sino que dichos juicios deberían basarse en un punto de vista de un observador neutral (de un simple ser humano) o de un agente racional. En esta discusión encontramos, por una parte, la posición de comunitaristas como Mac Intyre que sostienen que el patriotismo es una virtud central. Los universalistas, por otra parte, pueden asumir una posición radical o una moderada. Los radicales sostendrán no sólo que el patriotismo no es una virtud, sino que se trata de un vicio, semejante por ejemplo al racismo. Los universalistas moderados sostendrán que si bien no es una virtud, tampoco se trata necesariamente de un vicio, de modo que no existe ninguna obligación moral de ser patriota, pero está permitido moralmente serlo pues tampoco se trata necesariamente de un vicio.¹⁰

⁹ Hasta donde se sabe la publicación en que apareció el poema es una publicación literaria (véase la nota 2). Y eso es un detalle relevante. No fueron meras palabras de un exaltado, de un ebrio, ni nada semejante, que se topa en una plaza con la bandera o con una ceremonia a la bandera y comienza a decir improperios o *se seca el orín* en ella.

¹⁰ Para una discusión sobre este tema véase KELLER, Simon "Patriotism as Bad Faith", *Ethics*, Abril 2005, pp. 563-592. En este artículo el autor además de hacer una presentación de las tres posturas sobre el patriotismo, sostiene que el patriotismo se asemeja más a un vicio que a una virtud de modo que es indeseable. El patriota tiende a hacer juicios sobre su propio país de formas muy diferentes a las que usa para hacerse juicios sobre otras cosas o sobre otras personas, pero dentro de su patriotismo es incapaz de ver esta tendencia. La lealtad del patriota lo conduce a construirse una imagen del mundo y de sus obligaciones con los demás que lo llevan a tomar decisiones de consecuencias negativas.

Un ejemplo que por lo burdo me parece interesante para ilustrar esto es la actitud tomada por un articulista en un periódico inglés que comparó el caso de los maltratos a los presos en Guantánamo y Abu Ghraib, con unas imágenes televisivas de militares británicos golpeando a civiles irakís. Su opinión fue que lo que hacen los militares norteamericanos es un crimen reprochable, pero lo que hacen los británicos es plenamente justificable y los califica de héroes.

La oposición a los símbolos patrios es una forma de manifestar una posición política seria, que tiene buenos argumentos detrás para señalar lo artificial y, las más de las veces, lo arbitrario que ha sido no sólo la creación de tales símbolos y demás íconos, sino incluso la creación misma de la Nación y los sentimientos nacionales. La historia de México, y no me refiero desde luego a la historia oficial, es un buen ejemplo para ilustrar esta arbitrariedad a la hora de promoverse y generarse algunos símbolos o sentimientos de mexicanidad. No estoy afirmando ni negando que de hecho Sergio Witz tenga o haya tenido una posición antipatriótica como las aquí mencionadas, pero lo que sí creo es que en su poema, bueno o malo, hay una expresión de una posición política, con independencia de las figuras retóricas que utiliza (insultos dirían otros), y que en principio por esa razón debería protegerse de acuerdo a la Constitución y no reprimirse como un delito.

El que la manifestación de ideas políticas o artísticas de manera soez deba de ser un límite a la libertad de expresión en general y concretamente cuando se hace contra los símbolos patrios, es un tema que merece discutirse a fondo y no evitarse. Es algo que debieron haber hecho los Ministros, pero que por desgracia prefirieron una salida fácil al problema. Evidentemente algunos creen que dicho poema es un ultraje (así lo consideró quizá la Asociación Civil que se querelló, y evidentemente la Secretaría de Gobernación que dio parte al Ministerio Público Federal y éste que consignó al Juez de Distrito; también al parecer así lo creyeron los tres Ministros de la Suprema Corte que negaron el amparo, aunque ello no se refleje en la sentencia), pero esto habrá de determinarlo el Juez ahora que tenga que decidir el fondo del asunto. Sin embargo, el problema constitucional no consistía en eso, sino en determinar si tal conducta en general (la de expresarse de esa forma y publicarlo) está protegida por la libertad de expresión y de prensa, si hay o no un deber de conformidad con la constitución de respetar los símbolos patrios, y si el delito de ultrajes es o no *por esa razón* inconstitucional.

V. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS

La idea que usaron los ministros de la mayoría en el sentido de que los derechos no son absolutos y que tienen límites es algo cierto, pero hasta donde sé nadie estaba sosteniendo lo contrario, de modo que tal afirmación no cuenta como un argumento a favor de su decisión. Cualquiera que no tenga una idea equivocada de lo que son los derechos, incluso

los derechos fundamentales o los derechos humanos, aceptará sin problema que no hay derechos absolutos en el sentido de que no acepten restricción o limitación alguna. Esto no es en sí una razón para imponer una limitación en particular o para restringirlos en algún sentido determinado. Mucho menos para creer que por ello cualquier tipo de restricción se justifica. Un problema que se pasó por alto en la sentencia fue el de justificar el límite impuesto por el delito de ultrajes de palabra a los símbolos patrios, límite que a fin de cuentas los ministros de la mayoría terminaron por convalidar.¹¹ Existe un principio del constitucionalismo que consiste en afirmar que las restricciones a los derechos fundamentales deben justificarse y que toda interpretación debe, en principio, favorecer la protección más amplia posible de dichos derechos. Los derechos protegidos en nuestra constitución son un arma de todos en contra de abusos del poder, aún en contra del poder de las mayorías. Por ello no suelen ser de las simpatías de los gobernantes y por lo visto tampoco de las simpatías de algunos ministros, que siendo su deber protegerlos les dan la espalda; quizá porque el haber amparado al señor Witz implicaba haber tomado una decisión que iba a desagradar y a generar el rechazo de muchos que con toda libertad profesan su amor por la patria y sus símbolos. Pero los derechos fundamentales cuando funcionan y se protegen adecuadamente en una democracia, deben servir justo como derechos *contramayoritarios*, por usar una expresión de Ronald Dworkin.

Los ministros de la mayoría que negaron el amparo trataron de justificar su decisión con el siguiente argumento que resumo en las siguientes premisas y conclusión:

- a) La libertad de expresión y de prensa pueden restringirse si la propia Constitución establece un límite.
- b) Si la Constitución protege la dignidad de la Nación y sus símbolos patrios entonces este es un límite a la libertad de expresión.
- c) De la interpretación del artículo 73 Constitucional se desprende que hay una obligación de respetar los símbolos patrios.
- d) Por tanto, la limitación del artículo 119 no es inconstitucional.

¹¹ Es importante el matiz de que los ministros terminaron de convalidar este límite, pues no hay que dejar pasar que la corresponsabilidad en esto es también del Poder Legislativo, que creó el delito en cuestión. En el voto particular se aborda esta cuestión y se dan razones para sostener que el tipo penal es tan vago que genera por sí mismo un límite demasiado amplio a la libertad de expresión.

Su argumento fue básicamente ese, pero el limitar un derecho constitucional debería ser un asunto más serio de lo que parece ser para ellos. No se trata en última instancia sólo de lo que a Witz le ocurra (que ya puede ser suficientemente importante), sino también de lo que a todos nos puede ocurrir directa o indirectamente. Sin embargo, al parecer el caso Witz los perjudicó aunque no lo reconozcan así en la sentencia y hayan dicho que el caso en cuestión no iba a discutirse. Por eso la discusión del caso es más importante de lo que parece, porque permite sacar a la luz las distintas aristas que puede tener un tema general y porque a través de analizar como lo resolvió la Corte se muestra me parece una tendencia, no de ahora necesariamente, de un marcado desinterés por la protección de los derechos constitucionales, y su falta de preparación para afrontar y resolver adecuadamente casos de conflictos entre derechos y de derechos con otro tipo de consideraciones importantes. Y cuando digo resolver adecuadamente me refiero a proporcionar los argumentos relevantes para justificar o apuntar a justificar una decisión. No me queda la menor duda que cualquiera que toma decisiones puede equivocarse por muchas razones, pero se espera que los jueces, y más aún los ministros de la Suprema Corte, cuando se equivoquen sea porque sus argumentos no fueron del todo correctos. Creo que los ciudadanos podemos y debemos exigirles que al menos sus argumentos no sean tan malos y menos aún sean argumentos retorcidos para apuntalar una decisión tomada quizá por otros motivos no justificables. El que el caso sea difícil no quiere decir que cualquier decisión que se tome se justifique, no lo es aquella decisión que da la espalda a buenos argumentos, sin rebatirlos (se cierra a argumentar), y los que proporciona no son solo insuficientes sino que son muy deficientes.

Cuando se tiene que tomar una decisión de esta naturaleza hay muchas cosas que se tiene que considerar y que al parecer no les importaron en lo más mínimo a los ministros que votaron en contra del amparo. Se tienen que considerar por ejemplo a) a quienes afecta más la restricción de la libertad; b) a quienes se protege con la protección de los símbolos; c) se tiene que considerar que el restringir una libertad implica darle mayor poder al Estado, en este caso el poder de perseguir y sancionar penalmente, y posiblemente el de restringir de otras formas ese tipo de manifestaciones, pero este poder que se le concede justamente aumenta el riesgo de que sea usado de manera incorrecta, de modo que con el pretexto de reprimir cierto tipo de expresión se corre el peligro de que la restricción se extienda a otros casos que se alejan de este;¹² d) hay que considerar también lo que son las consecuencias reales de las consecuencias simbólicas o imagina-

¹² Este tema es especialmente relevante respecto al delito de ultrajes a los símbolos patrios que nos ocupa, pues no hay duda de que se trata de esos delitos que se persiguen selectivamente, y que se prestan a una aplicación arbitraria de todas las autoridades competentes para perseguirlo y para resolver.

rias: ¿qué tan real es el daño a la dignidad de la nación o a sus símbolos?, ¿no se trata de meros efectos simbólicos la supuesta protección de los símbolos, mientras que los efectos negativos sobre la libertad son reales? Al menos en este caso creo que los efectos positivos de proteger los símbolos patrios son meramente simbólicos o imaginarios, mientras que la afectación a la libertad es más palpable y el riesgo de abuso de poder del Estado más probable.

Creo que deberíamos exigir a los Ministros que el ajuste que hagan en los derechos constitucionales merezcan de su parte argumentos bien estructurados para su justificación, argumentos que pongan atención a su carácter especial, al orden de prioridades de una teoría constitucional coherente y a las intrincadas relaciones posibles entre los derechos de una persona, los derechos de terceros, en caso de haberlos, y los intereses generales.

En la sentencia los ministros de la mayoría no solo fueron omisos al eludir cuestiones de suma relevancia, máxime cuando en el proyecto presentado por el ministro Cossío se hacía referencia explícitamente a varios de los problemas aquí señalados, sino que además sus argumentos por sí mismos son deficientes, quizá hasta tramposos en el sentido en el sentido en que se explicará más adelante.

La primera premisa de su argumento es meramente condicional y no tiene mayor problema, efectivamente libertad de expresión y de prensa puede restringirse si la propia Constitución establece un límite. Es claro que la Constitución establece algunos límites de modo expreso en los propios artículos 6 y 7 como son los casos en que se ataque a la moral, los derechos de tercero (explícitamente que se respete la vida privada), se provoque algún delito o se perturbe el orden público.

La segunda premisa que consiste en sostener que si la Constitución protege la dignidad de la Nación y sus símbolos patrios entonces este es un límite a la libertad de expresión, ya es una premisa que no se justifica en la sentencia y que no tenemos por qué aceptar. Textualmente esto es lo que dicen los ministros en la sentencia:

Si este es el bien jurídico protegido —la dignidad de la Nación—, 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.

El hecho que la constitución *proteja* algo como la dignidad de la Nación —cualquier cosa que ello signifique¹³, de ahí no se sigue que ello implique “forzosamente” límites a la libertad de expresión o a otros derechos. Son extrañas las implicaciones que se pueden extraer de esta rara “doctrina Gudiño-Cordero-Valls”. Pero hay dos maneras de entenderla, la primera es una tautología y por tanto no es un argumento que pruebe nada; diría algo así: “si la Constitución limita un derecho constitucional entonces es una limitación constitucional (lo que es lo mismo que sostener que es una excepción)”. La otra manera de entender esto daría pie a una manera extraña e incoherente de entender la Constitución. La constitución protege muchas cosas, por ejemplo, protege muchos derechos, protege grupos como la familia, los pueblos indígenas, protege ciertos fines constitucionales como la distribución de la riqueza, protege y crea ciertas instituciones tanto gubernamentales como otros organismos como la CND, el IFE, etc. Resultaría curioso cómo se podría aplicar esta doctrina cuando resulta que si la Constitución “protege” algo (un valor, un objetivo, etc), resulta forzoso verlo como una restricción de algún(os) derecho(s). La constitución protege a la familia, a la propiedad privada y la colectiva, protege a los diputados y senadores, a los ministros de la Suprema Corte, etc., ¿acaso de ello se deriva que la libertad de expresión quede restringida?, si alguien dice que sí, tendría que especificar de qué forma y me parece que tales casos quedarían comprendidos en los límites que expresamente la propia Constitución menciona. De forma que no encuentro que sea obvio que si la constitución protege los símbolos patrios o la dignidad de la nación, de ahí se deriven sin más límites a la libertad de expresión o a algún otro derecho. Se tendría que encontrar que la Constitución no sólo protege un valor como la dignidad de la nación (por más intangible que este sea) o a los símbolos patrios, sino que se requiere encontrar que la Constitución los establece como límites a dicha libertad.

¹³ Decir que “la Constitución protege” algo es una manera muy engañosa de hablar, porque proteger puede querer decir simplemente que reconoce algo, prevé algo o hace mención o alude a algo. Propiamente el nivel de protección que la Constitución otorga a algo depende de una serie de relaciones entre los derechos que contempla, las instituciones que crea, las obligaciones que genera, los límites o prohibiciones y competencias que establece. De modo que el hecho que la constitución *mencione* algo, en este caso la dignidad de la nación o los símbolos patrios, no implica que la protección consista en limitar algunos derechos, menos aún en limitar específicamente la libertad de expresión. Agradezco a Francisca Pou la observación sobre la ambigüedad del término “proteger” en este contexto.

De aquí que en la tercera premisa recaiga finalmente todo el peso del argumento. Según los ministros de la mayoría de la interpretación del artículo 3º, 73 f. XXIX-B y 130 párrafo segundo es posible desprender que la Constitución protege a los símbolos patrios de usos irreverentes. No es necesario que el lector se remita ahora a tales artículos porque no encontrará en ellos dónde esta dicha protección, ya que ello depende de un argumento interpretativo. Trataré de explicar cómo es que llegan a esta conclusión que parece muy imaginativa si uno lee dichos artículos.

Escriben los ministros:

El artículo 3º 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.

Este argumento me remite a la sección III de este trabajo cuando argumenté que existe una tendencia a creer que el derecho penal sirve para todo y que para cualquier conducta que queramos reprochar hay que convertirla en delito y aplicarle una pena. Si uno parte de este error teórico entonces es comprensible que a los ministros les resulte “contraintuitivo” que si algo es importante desde el punto de vista constitucional deba ser protegido penalmente. Pero esto sencillamente es un error en el que un Ministro de la Suprema Corte no debería caer tan fácilmente. Por ello todo este argumento peca de suponer que todo lo constitucionalmente importante ha de ser protegido con sanciones.

Por mi parte pienso que el artículo 3º es muy preciso en usar términos como “tenderá a fomentar el amor a la patria”. Además no se refiere a fomentar el amor a los símbolos patrios, pues ello, quizá parecería un exceso fetichista, “la patria” en todo caso es una idea más allá de los símbolos convencionales que se usen. Fomentar el amor a la patria es algo que solemos identificar con comprender los orígenes y formación de una Nación, los mejores valores que han perseguido sus próceres, las

instituciones que se han creado, los derechos y los ideales políticos por los que muchas generaciones han luchado y dado su vida, etc. No es fácil decir qué es la patria, pero es fácil distinguirla de los símbolos patrios. De modo que cuando el art. 3º se refiere a fomentar el amor a la patria no tenemos por qué entender que se quiera fomentar simplemente el amor a los símbolos patrios. Menos aún se deriva de ahí ningún deber hacia el ciudadano.

Encima de todo el “argumento” citado es realmente ininteligible por contradictorio: Si a nadie se le puede obligar a amar a la patria, como ellos correctamente aceptan, y tan sólo existe la obligación de fomentar dicho amor a través de la educación que imparte el Estado, que como ya dijimos antes, se trata de una obligación del Estado, ¿de dónde entonces concluyen que las conductas injuriosas contravienen este mandato? Si fueran los maestros o funcionarios públicos, de acuerdo, ellos tienen tal obligación, pero cómo alguien que no tiene tal obligación puede contravenirla, cuando además tampoco tiene la obligación de amar dichos símbolos.

El argumento de la sentencia prosigue:

Por otra parte, tan una conducta agravante hacia los símbolos puede ser tenida como límite a la libertad de expresión, que el artículo 130, párrafo segundo, 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.

Y justamente por esa raíz histórica que explica esta prohibición expresa en la Constitución es que no podemos extraer de ella una interpretación amplia que extienda dicha prohibición a otros sujetos que no sean los ministros de culto. Si la constitución es clara al respecto y sólo son a los ministros a los que se destina la restricción, por qué o de qué forma esta norma puede contribuir a ampliar la restricción constitucional. Si lo que ellos quieren hacer es demostrar que los símbolos patrios están protegidos constitucionalmente, bueno, de acuerdo, pero sólo contra agravios de los ministros de culto. Eso no es un argumento en su favor, ya que nadie negaría que esto es así.

Pero veamos como intentan ampliar el significado de este artículo: Esto no significa, sin embargo, que otros sujetos no puedan tener la misma limitación, primero, porque el 130, párrafo segundo, inciso e) ni ningún otro artículo constitucional prohíben de forma expresa castigar las conductas agraviantes o ultrajantes hacia los símbolos; segundo, porque el 130 no limita la prohibición sólo a los sacerdotes, y tercero, porque de un diverso precepto constitucional es posible desprender que el Constituyente sí buscó y quiso castigar ese tipo de actos.

Esto me parece casi de risa, si no fuera porque no estamos en un simple ejercicio de argumentación en una clase de Derecho. ¿De dónde extraen la idea de que el artículo 130 no limita la prohibición a los sacerdotes (ministros de culto) si acabamos de ver que ellos mismos aceptan que ello es así? Según su argumento si ningún otro artículo constitucional prohíbe de forma expresa castigar las conductas agraviantes o ultrajantes hacia los símbolos patrios, entonces parecen inferir que donde no hay prohibición expresa a las autoridades podemos desprender que tienen competencia para ello. Esta es otra doctrina de la limitación del poder que choca con el constitucionalismo, la democracia, el Estado de Derecho, y el equilibrio de poderes. Curiosa doctrina la que se sacan de la manga aquí nuestros ministros, digna de cualquier estado autoritario y despótico.

Finalmente, todo parece depender de un solo argumento interpretativo del artículo 73, fracción XXIX-B constitucional que establece en favor del Congreso de la Unión la facultad “Para legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo e himno nacionales”. Transcribo su argumento:

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.

Además, el mismo Congreso de la Unión tiene la facultad para legislar en materia penal y establecer los delitos contra la Federación e imponer su castigo (artículo 73, fracción XXI, constitucional).

De la conjunción de ambas reglas se sigue que uno de los mecanismos de protección de los símbolos patrios es el establecimiento de tipos penales que castiguen las acciones ultrajantes en su contra.

Si ello es correcto o no y si es o no acorde con la realidad que actualmente vive el país, no corresponde decidirlo a esta Suprema Corte; legislar en este sentido compete en exclusiva al poder reformador de la Constitución. A este Alto Tribunal sólo atañe verificar si el delito previsto en el artículo 191 del Código Penal Federal encuentra sustento constitucional.

Esto tiene un nombre y se llama la falacia de petición de principio, que quiere decir que la supuesta razón que se da para llegar a una conclusión es la conclusión en sí, de esto es, que no hay una razón propiamente dicha, sino una reformulación de la misma conclusión que se presenta como premisa. La falacia consiste por una parte en querer probar que existe un fundamento constitucional para imponer un límite a la libertad de expresión respecto a los símbolos patrios, porque existe una facultad del legislador en materia penal, de modo que se quiere decir que porque tal facultad existe, de ahí se desprende una facultad para limitar la libertad de expresión. De modo que el principal argumento que se da es una falacia, otra más.

Pero ello se quiere además apoyar en un argumento histórico que ya resulta casi malintencionado. El argumento consiste en referir que dos senadores presentaron en 1964 una iniciativa de ley para proteger los símbolos patrios de “usos inconvenientes e irrespetuosos”. Ambas iniciativas diferían en que en una se propone plasmar en la Constitución dicha protección y la otra facultar al Congreso para legislar al respecto. La conclusión de los ministros de la mayoría es la siguiente:

De la lectura del dictamen se desprende la misma idea que se quiere resaltar: elevar los símbolos patrios a rango constitucional y darles una protección de la misma índole frente a usos irreverentes.

Lo que no se dice ni se enfatiza por parte de los ministros es que el dictamen que ellos citan tiene como principal propósito reglamentar la descripción, características y uso de la bandera, escudos e himno nacionales, pues la preocupación que mencionan ahí es la existencia de cierta anarquía respecto a la representación del escudo, el uso del himno y la bandera. En dicho dictamen no se refieren a insultos a los símbolos, ni hacen alusión alguna a limitar la libertad de expresión. Por ello será que los ministros tengan que remitirse a los debates de la Cámara de Senadores, concretamente al discurso del jurista Andrés Serra Rojas. Me ahorro aludir a detalles de dicho discurso, propio de un tipo de oratoria llamada por Aristóteles género demostrativo y por Cicerón exornación (deleitación), género que se refieren a la alabanza o al vituperio. Me refiero a que dicho discurso más que un análisis jurídico es un discurso que intenta alabar y poner en alto tanto a los símbolos patrios como la iniciativa de protegerlos. Tomar este discurso como otra cosa sería quizá injusto para su propio autor, sería poner al descubierto una serie de exageraciones, imprecisiones y contradicciones internas a ese discurso.

Yo me abstendré de hacer mofa o de mostrar tales cosas sencillamente porque me parece claro que ese discurso tiene un propósito retórico muy distinto al que los ministros de la mayoría le quieren dar y bajo el cual resultaría autocontradictorio, por decir lo menos. Y aquí es donde digo que se pueda pensar que sus argumentos son malintencionados porque de dicho discurso se puede extraer casi cualquier cosa, tanto elementos que favorezcan su posición, como argumentos en contra. Es entonces inexplicable que su argumento haya puesto énfasis en este discurso. Esta es la curiosa conclusión que los ministros hacen de tal discurso:

Más allá del nacionalismo exacerbado del senador Serra Rojas, sus palabras son prueba del sentir de la Cámara de Senadores en cuanto a la necesidad de proteger constitucionalmente el uso correcto de los símbolos patrios, aun y cuando mediante el mecanismo de delegar esa tarea en el legislador ordinario federal.

En mis clases de argumentación jurídica suelo indicarles a los alumnos lo tramposo que resulta el argumento que apela a la voluntad del legislador. Este es un claro ejemplo: del discurso de un senador (del cual se puede extraer cualquier cosa por lo ambiguo y contradictorio), se llega la conclusión de que ese es “el sentir” o, en otras palabras, la voluntad de la Cámara de Senadores. Esta inducción es falsa por varias razones, además de las ya mencionadas, primero porque no existen bases suficientes para una generalización, segundo porque es algo que no puede probarse de manera fehaciente, dado que tal “sentir” o tal “voluntad” de la Cámara de Senadores, es algo que se les atribuye y que no corresponde con ningún hecho psicológico, es decir, no puede consistir en el sentir de un determinado senador, ni puede consistir en el sentir de alguna entidad metafísica; la Cámara de Senadores no tiene sentir ni voluntad en el sentido psicológico. Usamos estas expresiones sólo como metáforas, que si bien nos ayudan a entendernos en algunos contextos, no nos pueden ayudar en otros donde pueden incluso resultar perniciosas porque nos inducen a cometer este tipo de falacias.

Continuando pues nuestro análisis, en seguida se transcribe un dictamen de la Cámara de Diputados que más que apoyar su posición la debilitaría, de ella no hacen sin embargo ningún comentario, pero parecería que con transcribirla bastara para apoyar su posición. Mi lectura de este dictamen me lleva al mismo punto de antes, se quiso facultar

al Congreso para efectos de reglamentar la descripción, características y uso de la bandera, escudos e himno nacionales, nada más y nada menos.

La conclusión final de los ministros de la mayoría es la siguiente:

Las fracciones XXIX-B y XXI del artículo 73 constitucional no son normas que exclusivamente facultan al Congreso para legislar, esto es, no se trata de normas sólo de atribución de competencias. La interpretación realizada por esta Primera Sala es que la fracción XXIX-B es una norma que atribuye una facultad al Congreso, pero no sólo eso, sino que, leída de acuerdo con los trabajos legislativos que le dieron creación, contiene un reconocimiento de que existen los símbolos patrios y de que éstos merecen tutela respecto de actos irrespetuosos, incluso en el orden penal.

Esta conclusión para ser precisos no encuentra apoyo en su interpretación histórica. En dichos trabajos, no se desprende que se haya considerado el caso de la inclusión de un delito, ni de una limitación a la libertad de expresión. Lo único que se puede desprender es que hay una preocupación por reglamentar el diseño de los símbolos para unificar su uso, se desprende también que dichos símbolos se consideran algo importante, pero no para elevar tal protección a nivel constitucional sino para facultar al Congreso para que legisle al respecto.

¿Dónde están las razones de los ministros de la mayoría?, ¿por qué habiendo fuertes argumentos para proteger la libertad se opta por una serie de supuestos argumentos retorcidos para llegar a una conclusión que no resiste el mínimo análisis como hemos visto?

Yo particularmente creo que pueden haber buenos argumentos para justificar límites a la libertad de expresión y que quizá pudiera haberlos para un límite específico contra insultos a los símbolos patrios, pero en este caso que nos ocupa no serían argumentos basados en la constitución sencillamente porque la constitución no sólo no dice nada expresamente, al contrario dice expresamente cosas que nos llevan a una conclusión distinta. Las únicas opciones argumentativas no retorcidas hubieran consistido en tratar de demostrar que tales expresiones violentan los límites que sí impone expresamente la Constitución en los mismos artículos 6 y 7. Pero dichas alternativas fueron adecuadamente atajadas por el ministro ponente en el proyecto que se rechazó y que constan en el voto particular de dos ministros.

No quiero especular sobre los motivos que en ocasiones mueven a los jueces a tomar decisiones. Lo que me preocupa es lo deficiente que

es la argumentación que se proporciona, lo fácil y simplón que resulta limitar derechos con “seudo-argumentos” y aquí está justificado usar este calificativo. Si los ciudadanos, y especialmente los mismos juristas, no exigimos más de nuestros jueces, seguiremos con niveles preocupantes en la administración de justicia y en el respeto a los derechos fundamentales. La crítica debe servir para fortalecer nuestras instituciones si hacemos de ella un ejercicio de buena fe. Este ha sido mi propósito.