



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

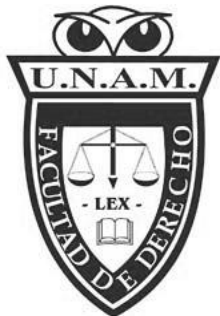
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE
AMPARO

“LA SUPREMA CORTE EN EL CASO SERGIO WITZ”

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

CHRISTIAN OTNIEL MANCILLA DAVALOS

ASESOR: GENARO DAVID GONGORA PIMENTEL



CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO, D.F. 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIA

A mi madre, María Esperanza Dávalos Huerta[†]

A mi padre, Joaquín Mancilla Acosta, por su guía

A Priscila Sánchez Pérez, por su gran amor

A mi sobrina Mariana Sandoval[†]

A Marisela, mi hermana, que es una segunda madre

A mi hermano Yosafat, por apoyarme y quererme

A mis hermanos

A Jesús Hernández, que es como un hijo

A Tomás H. Natividad Sánchez por formarme como profesionalista

**Al Ministro Genaro Góngora Pimentel, por confiar en mí y ser un gran
maestro**

INDICE

LA SUPREMA CORTE EN EL CASO SERGIO WITZ

INTRODUCCION

CAPITULO I.

ABOGACÍA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1. Abogacía: abogar sin ahogar la justicia.	1
1.2. La crítica de los derechos y el uso alternativo del derecho.	5
1.3. Nuevos paradigmas jurídicos y retos del sistema jurídico mexicano.	7
1.4. Diálogo jurisprudencial entre tribunales constitucionales.	12
1.5. Derechos Fundamentales	
1.5.1. Noción y teorías que explican su naturaleza.	15
1.5.2. Su fundamento.	16
1.5.3. Genealogía y desarrollo	17
1.5.4. El proceso de internacionalización.	19
1.6. La teoría constitucional del bien jurídico y Libertad del Legislador	
1.6.1. El bien jurídico	24
1.6.2. Principio de proporcionalidad.	25
1.7. Derechos culturales y nacionalismo	29
1.8. El derecho penal y el uso óptimo de sanciones no monetarias como medida de disuasión.	38
1.9. Los diez axiomas del garantismo penal de Luigi Ferrajoli.	40
1.10. Principio de legalidad y taxatividad de las leyes penales	42
CAPÍTULO II.	
ARTE POLITICO Y LIBERTAD DE EXPRESION	
2.1. El arte político.	57
2.2. Libertad de conciencia y libertad de expresión.	64

2.3. Escenarios de la libertad de expresión.	66
2.3.1. Escenario familiar	67
2.3.2. Escenario económico.	70
2.3.3. Escenario educativo.	74
2.3.4. Escenario represivo.	80
2.3.5. Escenario político.	86
2.3.5.1. Materia electoral.	91
2.3.5.2. En el gobierno.	
2.3.5.2.1. Altos Funcionarios	102
2.3.5.2.2. Otros servidores públicos.	103
2.3.5.2.3. En el Poder Legislativo	103
2.3.5.2.4. En el Poder Judicial.	106
2.3.6. Escenario eclesiástico.	108
2.4. Régimen jurídico de la libertad de expresión.	
2.4.1. Su historia y actualidad	111
2.4.2. Régimen internacional	151
2.4.3. Defensa de la Constitución y libertad de expresión	161
CAPITULO III	
DELITO DE ULTRAJES A LA BANDERA:	
ESTUDIO DOGMÁTICO Y CASOS	
3.1. Genealogía del delito.	172
3.2. Derecho Penal Comparado.	188
3.3. Estudio dogmático	192
3.4. Ultrajes a la bandera y otros ilícitos.	
3.4.1. Ultraje a la bandera cometido por civiles y ultraje cometido por militares.	212
3.4.2. Ultraje a la bandera nacional como delito y como infracción administrativa.	214
3.4.3. Ultraje a la bandera nacional y ultraje bandera extranjera.	215
3.4.4. Ultraje a la bandera nacional e injurias a la Nación.	215

3.4.5. Ultraje al escudo y su uso indebido	216
3.4.6. Ultraje a la bandera nacional y el derogado delito de disolución social.	219
3.5. Criterio de tribunales extranjeros y otros casos.	
3.5.1. Alemania. Verunglimpfung der Bundesflagge.	220
3.5.2. Estados Unidos. Flag desecration.	231
3.5.3. Colombia.	236
3.5.4. Italia. <i>Vilipendio alla bandiera</i>	241
3.6. Algunos casos interesantes en la historia y la literatura.	243
CAPITULO IV	
ASUNTO SERGIO HERNÁN WITZ ANTE LA SUPREMA CORTE.	
4.1. Descripción del caso.	268
4.2. La opinión de la prensa.	273
4.3. Opinión personal respecto al asunto.	276
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION

La libertad de expresión -un derecho protestante de acuerdo con Heinrich Heine¹ es como el *Libro de arena* que relata Jorge Luis Borges: interminable; de ahí que sea necesario concluir esta investigación.

Lo sabemos, las ceremonias cívicas nos conmueven –como a Santa después de la ceremonia del 16 de septiembre, a la que había asistido con el Jarameño-²

Este asunto se relaciona con los símbolos nacionales, sin embargo, no debe pasarse por alto que en la actualidad el respeto a la bandera se encuentra alentado por una cuestión religiosa y no me refiero a la idea del nacionalismo como religión de la que habla Carlton J. H. Hayes.³ A saber, los miembros de una religión protestante, los Testigos de Jehová, no rinden honores al lábaro patrio, por ello, algún conservador podría hostilizar a este grupo, acusándolo de antinacional. Incluso, la Comisión Nacional de Derechos Humanos emitió la Recomendación General número 5, relacionada con la discriminación en las escuelas por motivos religiosos. La Justicia Federal ha conocido casos separación de profesores y alumnos por no rendir honores a la bandera.⁴

La acusación de irrespeto a los símbolos nacionales como mecanismo de presión a grupos disidentes no es nuevo, sin ir más lejos durante el movimiento social de 1968, el gobierno federal acusó a los estudiantes de deshonorar la bandera durante uno de sus mítines: se organizó la marcha del desagravio. Especialmente debemos recordar el ultraje de los trabajadores de Monterrey en 1936 del que habla Vicente Lombardo Toledano.

¹ El autor esgrime: «...la libertad de prensa no es otra cosa sino la consecuencia de la libertad de pensar, y, por consiguiente, un derecho protestante», HEINE, Enrique, *Alemania*, UNAM, México, 1972, p. 31.

² GAMBOA, Federico, *Santa*, Editorial Época, México, 2002, p.46.

³ “El nacionalismo, como todas las demás religiones, es social, y sus ritos más importantes son los ritos públicos, que se llevan al cabo en nombre de una comunidad y que tienen por fin lograr su salvación”, *El nacionalismo: una religión*, tr. M. Luisa L de del Real, UTEHA, México, 1966, p.218.

⁴ ESCUDO, LA BANDERA Y EL HIMNO NACIONALES, LEY SOBRE EL. NO SE VIOLAN GARANTIAS CONSTITUCIONALES AL SEPARAR A UN ALUMNO DE SU ESCUELA POR INCUMPLIRLA. TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 64/90. Yuli Oyuki Pereira Aguilar. 10 de abril de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Froylán Guzmán Guzmán. Secretaria: Silvia Alcocer Enríquez. Amparo en revisión 63/90. Gamaliel Vladimir Polanco Santos. 30 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Froylán Guzmán Guzmán. Secretaria: Silvia Alcocer Enríquez; TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. ES JUSTIFICADO EL CESE DE UN PROFESOR QUE SE ABSTIENE DE RENDIR HONORES A LA BANDERA NACIONAL Y ENTONAR EL HIMNO NACIONAL. Contradicción de tesis 17/94. Entre el Cuarto y Primero Tribunales Colegiados en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 15 de agosto de 1994. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Alejandro Sergio González Bernabé. Tesis de Jurisprudencia 41/94. Aprobada por la Cuarta Sala de este alto Tribunal en sesión privada del tres de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, por cinco votos de los señores Ministros: Presidente Ignacio Magaña Cárdenas, Juan Díaz Romero, Felipe López Contreras, Carlos García Vázquez y José Antonio Llanos Duarte.

La estrategia de encubrir la verdadera intención del gobernante no es nueva, siempre habrá algún pretexto para perseguir a sus enemigos. Para este tema cabrían las palabras de María Estuardo, en la voz de Federico Schiller:

«Soy débil, ella poderosa...Pues bien, sea; puede, sí quiere, emplear la fuerza, matarme, sacrificarme a su seguridad, pero confíese al menos que usa de la fuerza, no de la justicia; no pida prestada la espada de la ley para deshacerse de su enemiga, y no revista con apariencias de santidad, la fuerza bruta y la opresión sangrienta y no engañe al mundo con semejante farsa. Puede matarte, pero no juzgarme. Cese en su intento de cubrir el crimen con el sagrado velo de la virtud, y atrévase, por fin, a mostrarse tal como es».⁵

Una de las estrategias consiste en desviar la crítica para deslegitimar, por ello Carlos Fuentes dijo acertadamente «Criticar al César no es criticar a Roma. Criticar a un gobierno no es criticar a un país».⁶

Por otro lado, Octavio Paz dice en su *Postdata* que todavía no aprendemos a pensar con verdadera libertad. Agrega que no es una falla intelectual sino moral: «el valor de un espíritu, decía Nietzsche, se mide por su capacidad para soportar la verdad. Una de las razones de nuestra incapacidad para la democracia es nuestra correlativa incapacidad crítica».⁷ Además, afirma que la crítica nos dice que debemos aprender a disolver los ídolos: aprender a disolverlos dentro de nosotros mismos. «Tenemos que aprender a ser aire, sueño en libertad».⁸

Ahora bien, el objetivo principal de esta tesis profesional consiste en analizar, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la resolución de la Suprema Corte en el Amparo en Revisión 2676/03, sobre la constitucionalidad del delito de ultrajes a la bandera.

El asunto tuvo una vida sinuosa dentro del Alto Tribunal. Las observaciones de la Secretaría de Acuerdos describen lo siguiente: el 27 de enero de 2004 turno de Sala, pasó de Pleno a Sala, Acuerdo Plenario 7/2003; el 18 de marzo de 2005 (reingreso) pasó de Pleno a Sala; el 13 de abril de 2005 retirado para remitirse al Pleno a petición del Ministro José Ramón Cossío Díaz; el 26 de agosto de 2005 pasó del Pleno a Sala; el 5 de octubre de 2005 fue resuelto por mayoría de 3 votos en contra de los Ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza.

A propósito, al no haber sido aprobada al menos por cuatro ministros, la *ratio decidendi* de esta resolución no es apta para integrar jurisprudencia. De todos modos, este criterio orienta a los jueces del país como un *exemplum ad imitandum*. En la sesión se había acordado que el Ministro José Ramón Cossío

⁵ SCHILLER, Federico, *María Estuardo, La Doncella de Orleáns, Guillermo Tell*, Ed. Porrúa, México, 1983, p.17.

⁶ Carlos Fuentes, al reportero Guillermo Ochoa, *Excélsior*, 4 de marzo de 1969; citado en PONIATOWSKA, Elena, *La Noche de Tlatelolco*, 2ª ed, 7ª reimpresión, Ediciones Era, México, 2004, p.68.

⁷ PAZ, Octavio, *Laberinto de la soledad. Postdata. Vuelta a El laberinto de la soledad*, México, FCE, p.239.

⁸ *ibidem*, p.318.

Díaz se haría cargo del engrose, pero, finalmente, lo realizó el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. De igual modo, se habían avisado sendos votos particulares, pero al final se hizo uno de minoría.

En el primer capítulo se realiza un esbozo sobre la abogacía en relación con los derechos fundamentales, así como la del neoconstitucionalismo. En el capítulo segundo se bosqueja la teoría de la libertad de expresión, se establecen los escenarios posibles en un esquema totalizador basado en los diferentes roles del individuo como la familia, la escuela, la cárcel o la política como ciudadano o bien como funcionario público. Es importante la distinción «esfera pública» y «esfera privada». En el capítulo tercero se hará una breve historia de la libertad de expresión en México así como su régimen jurídico en el escenario político. En el capítulo cuarto se estudiará la dogmática del delito de ultrajes a la bandera y su historia. En el capítulo quinto se analizará el amparo 2676/03 a la luz de los capítulos anteriores.

Una de mis conclusiones es que es constitucional una sanción al ultraje a los símbolos patrios, pero como sanción administrativa, o bien sin pena de prisión, basado en el principio de mínima intervención.

Resulta alentador que un defensor público impugnara la constitucionalidad de un delito. Los abogados no tenemos buena fama. Pío Baroja comenta: «...mi padre me dijo con tono fúnebre: -Mira, ya que no sirves para nada, estudia para abogado». ⁹ En *La hora de todos y la fortuna con seso* de Francisco de Quevedo y Villegas se dice: «Cuando nosotros ganemos el pleito, el pleito nos ha perdido a nosotros. Los letrados defienden a los litigantes en los pleitos como los pilotos en las borrascas los navíos, sacándoles cuanto tienen en el cuerpo, para que, si Dios fuere servido, lleguen vacíos y despojados a la orilla». ¹⁰ En la *Utopía* de Tomás Moro no hay abogados: «En esta forma evitan complicaciones, y es más fácil dilucidar la verdad». ¹¹

El estudio de las resoluciones judiciales desarrolla nuestro sistema jurídico, no caeremos en el filosofismo jurídico que de acuerdo con Claudio Souto es «una exageración que hace caso omiso tanto de los datos formales de la aplicación judicial o administrativa de las normas, como de los datos de la ciencia social del Derecho haciendo así caso omiso tanto de la realidad judicial y administrativa, como de la realidad social (comprobada y comprobable) del Derecho». ¹² No puede pasarse por alto, finalmente, la aseveración de Augusto Comte de que los hombres de leyes, al hacer profesión de buscar los medios para convencer de una opinión cualquiera, mientras más habilidad adquieren con el ejercicio en este género de trabajo, más inadecuados llegan a ser para coordinar una teoría de acuerdo con sus principios verdaderos. ¹³

⁹ BAROJA, Pío, *La busca*, Salvat, 1971, p.17.

¹⁰ DE QUEVEDO Y VILLEGAS, Francisco, *Sueños. Poesías*. Ed. Porrúa, México, 1985. p.115.

¹¹ MORO, Tomás, *Utopía*, Porrúa, México, 2004, p.84.

¹² SOUTO, Claudio, "La ficción de la autosuficiencia en los saberes jurídicos fundamentales", *Doxa*, 3, 1986, p.153.

¹³ En su «Plan de Trabajos Científicos», *La filosofía positiva*, Ed. Porrúa, México, 1998, p.16-17

Es importante proteger los límites a la libertad de expresión, porque existe la tentación de poner al sufrimiento como uno de ellos, que después se encubran por medio de eufemismos –moral, seguridad nacional o derechos de tercero- Ray Bradbury en su novela Fahrenheit nos pone un caso:

*«Montag puedo leer en los labios de Mildred lo que ésta decía desde el umbral. Trató de no mirar la boda de ella, porque, entonces, Beatty podía volverse y leer también lo que decía. -A la gente de color no le gusta El pequeño Sambo. A quemarlo. La gente blanca se siente incómoda con La cabaña del Tío Tom. A quemarlo. ¿Alguien escribe un libro sobre el tabaco y el cáncer de pulmón? ¿Los fabricantes de cigarrillos se lamentan? A quemar el libro. Serenidad, Montag. Líbrate de tus tensiones internas. Mejor aún, lánzalas al incinerador. ¿Los funerales son tristes y paganos? Eliminémoslos también. Cinco minutos después de la muerte de una persona, está en camino hacia la Gran Chimenea, los incineradores son abastecidos por helicópteros en todo el país. Diez minutos después de la muerte, un hombre es una nube de polvo negro. No sutilicemos con recuerdos acerca de los individuos. Olvidémoslos. Quemémoslo todo, absolutamente todo. El fuego es brillante y limpio».*¹⁴

¹⁴ RAY BRADBURY, *Fahrenheit 451*, Debolsillo, México, 2004, p.69.

CAPITULO I.

ABOGACÍA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1. Abogacía: abogar sin ahogar la justicia.

El desarrollo de los derechos humanos depende de la formación y actitud del abogado, por ello haré aquí un breve discurso del «deber ser» sobre nuestro rol en la sociedad:

Ya es un lugar común la crítica a la formación del abogado; como arguye Alberto Silva Franco «O ensino universitário prepara a formação de juízes sem poder crítico e sem capacidade creativa».¹⁵

De igual modo, Héctor Fix Zamudio concluye que se padece en Latinoamérica en mayor o menor grado, de una enseñanza jurídica de carácter tradicional, que se caracteriza por la clase verbalista u oratoria por parte del profesor y de pasividad absoluta por parte de los estudiantes, y que si bien se ha iniciado un movimiento hacia la implantación de nuevas técnicas de acuerdo con los adelantos de la pedagogía moderna, se tropieza con enormes dificultades para su aplicación en la práctica. Afirma que con este sistema tradicional de enseñanza, no es posible la preparación de los profesionistas y de los juristas con espíritu crítico y de justicia social que requieren nuestros países.¹⁶

Además de la crítica a los métodos didácticos, la enseñanza jurídica adolece de algunos inconvenientes que derivan de los diferentes reduccionismos, a saber, el sociologismo, el formalismo, y el filosofismo.

¹⁵ SILVA FRANCO, Alberto “O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização” Ana Messuti, Julio Andrés Sampedro Arrubla (compiladores) *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p.102.

¹⁶ FIX ZAMUDIO, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica”; *Antología de Estudios sobre la Enseñanza del Derecho*, Jorge Witker (comp.), 2ª ed., UNAM, México, 1995.

Claudio Souto dice que el sociologismo jurídico es una exageración de la perspectiva sociológico-jurídica que, básicamente, niega valor científico a la llamada Dogmática Jurídica. Se contraponen frontalmente a la exageración del formalismo jurídico que, por su parte, sólo considera como «Ciencia del Derecho» a la Dogmática Jurídica y, así, niega que la Sociología del derecho sea un saber «jurídico». En cambio para el citado autor, el filosofismo jurídico es una exageración que hace caso omiso tanto de los datos formales de la aplicación judicial o administrativa de las normas, como de los datos de la ciencia social del Derecho haciendo así caso omiso tanto de la realidad judicial y administrativa, como de la realidad social del Derecho.¹⁷

En la actualidad una técnica jurídica relevante en materia constitucional es la ponderación entre bienes y derechos (ahora crece la inaplicación de leyes consideradas inconstitucionales o no convencionales). La doctrina sobre el tema es ya abundante.

Sin embargo, el carácter maleable de la ley, causa cierto escozor en un sector de los abogados. Al respecto, Francisco Tomás y Valente, asevera que los juristas educados en un mal entendido positivismo y en una cómoda confusión entre interpretación y literalidad reprocharán siempre la inconcreción y vaguedad de las cláusulas constitucionales que positivizan determinados valores.¹⁸

También puede entenderse que esta técnica cause inseguridad entre los abogados porque tal vez no pueden *calcular* el futuro jurídico (y monetario) de sus asuntos.

¹⁷ SOUTO, Claudio, "La ficción de la autosuficiencia en los saberes jurídicos fundamentales", *Doxa*, 3, 1986, p.153.

¹⁸ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. "La resistencia constitucional y los valores". *Doxa*. N. 15-16, 1994, p.643. Esta crítica al positivismo, me recuerda la descripción del rinoceronte en el *Bestiario* de Juan José Arreola: «El gran rinoceronte se detiene. Alza la cabeza. Recluta un poco. Gira en redondo y dispara su pieza de artillería. Embiste como ariete, con un solo cuerno de toro blindado, embravecido y cegato, en arranque total de filósofo positivista. Nunca da en el blanco, pero queda siempre satisfecho de su fuerza. Abre luego sus válvulas de escape y bufa a todo vapor». ARREOLA, Juan José, *Bestiario*, Planeta/Joaquín Mortiz, México, 2002, p.11.

Y no está demás decir que uno de los mayores problemas es la falta de amor del abogado hacia su profesión; para la mayoría es sólo una mina de oro o de arena. El estudiante común no tiene vocación para la justicia. No es un secreto que la profesión legal tiene un estigma que parece no tener remedio. A continuación se citan algunas estampas literarias.

En la *Utopía* de Tomás Moro describe que en la isla descrita en su obra:

*«Pocas son las leyes que tienen, pero suficientes para sus instituciones. Lo que critican primeramente en los demás pueblos es el número infinito de leyes e interpretaciones, que, con todo, jamás son suficientes. Consideran injusto en extremo encadenar a los hombres con tantas leyes, tan numerosas que es imposible leerlas todas, tan oscuras que muy pocos pueden comprenderlas. Han suprimido así todos los abogados que defienden las causas, y en manera sutil disputan sobre las leyes. La experiencia les enseñó que es preferible que cada cual defienda su pleito y exponga al juez lo que habría manifestado a su defensor. En esta forma evitan complicaciones, y es más fácil dilucidar la verdad. Mientras los litigantes hablan, sin todas las argucias que los defensores enseñan, el juez considera los argumentos y ayuda a los hombres de bien contra las calumnias de los artificiosos».*¹⁹

Como se advierte, Tomas Moro, considera que el abogado realiza una actividad perniciosa para la justicia. De igual modo, Erasmo de Róterdam afirma que los jurisconsultos:

«...pretenden el primer lugar entre los doctos, y no hay quien esté más satisfecho de si como ellos. Como nuevos Sísifos, ruedan su piedra sin descanso, amontonando leyes sobre leyes, glosas sobre glosas y opiniones sobre opiniones acerca de toda clase se asuntos. Procuran que parezca su ciencia la más difícil de todas, pues creen que un asunto tiene más mérito cuanto más intrincado es. Se parecen a los dialécticos y los sofistas, que son más ruidosos que los calderos de Dodona y puede cualquiera de ellos hacer callar a veinte comadres

¹⁹ MORO, Tomás, *Utopía*, Porrúa, México, 2004, p.84.

escogidas. Podría perdonárseles su charlatanería si no fuesen tan pendencieros, hasta el punto de que por una insignificancia se enreden en una trifulca, y mientras están ocupados en ella, la verdad se les escapa. Sin embargo, su amor propio los hace dichosos; armados de dos o tres silogismos se lanzan a descomunales batallas y es tanta su terquedad que siempre se salen con la suya, pues son capaces de vencer al mismo Esténtor».²⁰

Este descrédito también se refleja en nuestra literatura: Jorge Ibarguengoitia en su novela *Estas ruinas que ves* nos cuenta las picardías de un litigante:

«En el campo de las leyes la aportación de los cuevanenses es menos digna de nota. Esto se debe no a que la Universidad de Cuévano no haya producido jurisprudencias –al contrario, la ciudad está repleta de licenciados- sino a que los mejores de entre ellos hicieron camino a México y no volvieron a la provincia. Uno de los pocos que siendo famosos regresaron, tiene triste memoria. Es don Pedro Alcántara, llamado también “la Zorra”, inventor no de leyes ni de interpretaciones notables, sino de procedimientos para evadirlas y para violarlas impunemente. A él se debe la invención de los casos conocidos legalmente como sustitución de responsabilidades, perjurio de homónimo y anulación por confirmación, que entre chicaneros se llaman “golpe al de junto”, “¿cómo te llamas?” y “tres en uno”. Esto lo apunto nomás para que se vea que en todo han destacado los cuevanenses».²¹

Hasta aquí el pasaje literario.

Sin duda, los derechos fundamentales requieren de un mejor entorno ético entre los abogados, dicen los *Proverbios 31:8-9*: *Abre tu boca por el mudo en el juicio de todos los desvalidos. Abre tu boca, juzga con justicia, Y defiende la causa del pobre y del menesteroso.*

Finalmente, Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, establece en su artículo primero:

²⁰ DE RÓTTTERDAM, Erasmo, *Elogio de la Locura*, Editores Mexicanos Unidos, México 1999, p.95.

²¹ IBARGÜENGOITIA Jorge, *Estas ruinas que ves*, Planeta, México, 2005, p.15.

Art. 1º- Esencia del deber profesional

El abogado ha de tener presente que es un servidor del derecho y un coadyuvante de la justicia; y que la esencia de su deber profesional es defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente.

1.2. La crítica de los derechos y el uso alternativo del derecho.

Aunque parezca extraño hay posturas que no comparten el discurso y uso de los derechos humanos. Por ejemplo, Isabel Jaramillo comenta que la crítica ha enfatizado que la emancipación que ofrecen los *derechos* es una emancipación recortada, insuficiente, y que no es posible usar los derechos como táctica en la movilización social sin exponerse a que los reclamos del movimiento sean cooptados y/o que la posición de los adversarios sea legitimada por las cortes.²²

Finalmente, los disidentes o progresistas no deben olvidar que pueden utilizar los recursos jurídicos de un Estado constitucional, más aún cuando los movimientos liberadores no han tenido los resultados esperados, como fue el caso del socialismo real. El reformismo es el camino.

Sobre este aspecto, María de Lourdes Souza comenta lo siguiente sobre el uso alternativo del derecho:

«Básicamente, según una tipología presentada por Carvalho, el derecho alternativo actuaría en tres frentes distintos y complementarios.

1) Nivel de lo instituido oculto o sustraído (también denominado como “positivismo de combate”). Consiste en la utilización de los derechos institucionalizados pero irrealizados o inaplicados, como instrumento de lucha. En otras palabras busca la efectividad de las normas legales representativas de los intereses de las clases desfavorecidas y/o oprimidas. Es instrumentalizado tanto

²² BROWN, Wendy, et al, *La crítica de los derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2003, p.19.

por los operadores jurídicos como por los usuarios insatisfechos de estos derechos.

2) *Nivel de relectura de lo instituido (o uso alternativo del derecho).* Presupone una nueva lectura del derecho positivo, o, de forma más simple, un uso diverso de la legalidad instituida, con el objetivo de privilegiar los intereses y los valores de los sujetos más débiles y desfavorecidos en la escala social. Su realización está a cargo de todos los operadores jurídicos implicados en el proceso hermenéutico.

3) *Nivel del instituyente (también llamado derecho alternativo en sentido estricto, derecho insurgente, paralelo, emergente o aún iusnaturalismo de caminhada.* Valiéndose de las concepciones del pluralismo jurídico, reivindica la existencia de otros conjuntos de normas que coexisten (clandestina, paralela y concurrencialmente) con aquéllas emergentes del Estado».²³

Uno de los problemas sobre los «derechos» consiste en el «campeonato de ilusiones» como lo señala Néstor Pedro Sagüés cuando afirma que el constituyente incurre en el pecado del utopismo, de la demagogia o del plagio constitucional. El primero consiste en asegurar derechos sin medir los costos políticos y económicos que surgen de su proclamación. El segundo es el de otorgar derechos con fines de lograr legitimación popular, a veces sabiendo que ya esos derechos no pueden concretarse en la realidad, al menos se contenta a las masas con hermosas palabras de la constitución. Ello provoca, a veces, entre las distintas constituciones de la región un verdadero campeonato de ilusiones. El vicio del plagio resulta de copiar sin el mayor cuidado o reflexión derechos en institutos que conceden otras constituciones, incluso sin reflexionar sobre si son necesarios o provechosos en otro medio jurídico.²⁴

1.3.Nuevos paradigmas jurídicos y retos del sistema jurídico mexicano.

²³ SOUZA, María de Lourdes, *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Editorial Unibiblos, Bogotá, 2001, p.223.

²⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, Porrúa, México, 2004, p.16.

A continuación se muestran las cinco grandes tendencias del sistema jurídico mexicano:



En cuanto a la «Era de los Derechos Humanos», han acontecido cambios trascendentales en nuestro sistema jurídico, por presiones internacionales y una nueva generación garantista.

Giancarlo Rolla menciona de tres técnicas para conseguir una incorporación sustancial de los derechos y de las garantías tuteladas en el ámbito internacional dentro del ordenamiento doméstico: la incorporación directa a través de la previsión de cláusulas constituciones expresas; la incorporación indirecta llevada a cabo por la jurisprudencia por vía interpretativa; y la *mirrored or equivalent incorporation*, que se efectúa a través de la reproducción en los textos constitucionales de disposiciones que reflejan las que se encuentran en los documentos internacionales.²⁵

Esta generación garantista tiene como uno de los factores relevantes, la relación entre la academia y las instituciones, especialmente el Poder Judicial. Los secretarios, magistrados y ministros al realizar estudios de posgrado conocen los sistemas garantistas de otros países y después incorporan esos criterios a su trabajo.

²⁵ Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, Porrúa, México, 2006, p.51.

Al respecto cabe recordar a José Ortega y Gasset afirmaba que una generación no es un puñado de hombres egregios, ni simplemente una masa: es como un nuevo cuerpo social íntegro, con su minoría selecta y su muchedumbre, que ha sido lanzado sobre el ámbito de la existencia con una trayectoria vital determinada. La generación, compromiso dinámico entre masa e individuo, es el concepto más importante de la historia, y, por decirlo así, el gozne sobre que ésta ejecuta sus movimientos.²⁶

Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor comentan que con independencia del grado de eficacia y vinculación de los fallos internacionales, en los países latinoamericanos se aprecia una tendencia, si bien todavía no consolidada, hacia la recepción consciente por parte de los jueces y tribunales respecto de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a su vez se ha nutrido de la jurisprudencia de las cortes y tribunales de los estados.²⁷

Recientemente, el Tribunal Pleno resolvió la Contradicción de Tesis 293/2011, en la que determinó que del artículo 1º constitucional se desprende un conjunto de normas de derechos humanos, de fuente tanto constitucional como convencional, que se rigen por principios interpretativos, entre los cuales no se distingue la fuente de la que derivan dichos derechos. La mayoría determinó que los derechos humanos de fuente internacional a partir de la reforma al artículo 1º constitucional tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución, es decir, se les reconoce el mismo rango constitucional. De esta manera, se interpretó que la reforma en materia de derechos humanos, amplía el catálogo constitucional de los mismos, pues permite armonizar a través del *principio pro persona*, las normas

²⁶ Más adelante agrega «Una generación es una variedad humana, en el sentido riguroso que dan a este término los naturalistas. Los miembros de ella vienen al mundo dotados de ciertos caracteres típicos, que les prestan fisonomía común, diferenciándolos de la generación anterior... Unos y otros son hombres de su tiempo, y por mucho que se diferencien, se parecen más todavía. El reaccionario y el revolucionario del siglo XIX son mucho más afines entre sí que cualquiera de ellos con cualquiera de nosotros. Y es que, blancos o negros, pertenecen a una misma especie, y en nosotros, negros o blancos, se inicia otra distinta». *La idea de las generaciones* "El tema de nuestro tiempo, 1923.

²⁷ *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Porrúa-UNAM, México, 2009, p.83.

nacionales y las internacionales garantizando así la protección más amplia a la persona.

También se determinó que cuando haya una restricción expresa en la Constitución al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. En un último tema, de la misma forma trascendente, el Tribunal Pleno resolvió, que toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana, incluyendo aquella en los casos de litigios en los que México no fue parte, resulta obligatoria para los jueces Mexicanos, siempre que sea más favorable a la persona.

El parte aguas fue el 10 de junio de 2011, cuando se reformó la Constitución Federal, un cambio que el sistema político todavía no digiere.

Los principios constitucionales son los siguientes:

- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece.
- Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

- Se modificó el artículo 103 constitucional para establecer que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Además de lo anterior, ocurrieron los cambios siguientes:

- Se creó la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación.
- Se aprobó una nueva Ley de Amparo. Ahora en ciertos casos puede considerarse a los particulares como autoridades; se estableció el amparo colectivo; se regula el interés legítimo individual y colectivo, se establece la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

En cuanto a la «**Era del neoconstitucionalismo**» puede abreviarse en estos cinco puntos:

- Más principios que reglas.
- Más ponderación que subsunción.
- Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria.
- Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario.
- Coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.²⁸

²⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p.117.

Hemos pasado del normativismo al principalismo. El modelo decimonónico adoptó como estructura típica y específica del derecho a la «norma», de manera que se definía autoritativamente un supuesto o hipótesis fáctica a la que se le imputan ciertas consecuencias o efectos jurídicos. Esta visión normativista se prolongará ya en el siglo XX por autores como Kelsen en el continente y Hart en el mundo anglosajón. Los «principios» que podían llegar a tolerarse para la cultura decimonónica, eran aquellos implícitos a las normas positivas y, en consecuencia, no entraban en conflicto con las mismas.²⁹

Hemos pasado de la validez jurídica a la validez ética. La definición clásica de validez jurídica que consagrará el paradigma dogmático iuspositivista se apoya en los tres requisitos de órgano competente, procedimiento establecido y compatibilidad con la norma superior. De ese modo cualquier contenido era digerido por la validez jurídica dado que lo dispuesto autoritativamente era autosuficiente y completo. Después de Nuremberg en Alemania tenemos una nueva experiencia concreta que confirma la distinción entre «derecho» y «ley» que con originalidad consagrará la Ley Fundamental de Bonn en el '49. En efecto, nos referimos a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán en casos donde sancionó penalmente a diversos funcionarios y autoridades de la Alemania oriental o comunista cuya conducta «ilícita» había consistido en cumplir la ley vigente y válida».³⁰

Finalmente, existen muchas corporaciones que cuentan con un enorme poder político y económico, algunos constituyen monopolios o alianzas que «capturan» a las instituciones públicas. En materia de libertad de expresión, las corporaciones ejercen influencia poco democrática sobre el discurso social. Owen Fiss comenta que en el núcleo de su enfoque está la creencia de que la estructura social contemporánea es tan enemiga de la libertad de expresión como lo es el policía.³¹

²⁹ VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2003, p.4.

³⁰ *Ibidem*, p.6.

³¹ CARBONELL, Miguel (compilador) *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Porrúa, México, 2004, p 26.

La internacionalización la estudiaremos más adelante.

1.4. Diálogo jurisprudencial entre tribunales constitucionales.

El uso de material comparativo ha fortalecido las decisiones de los tribunales en las democracias emergentes.³² El derecho comparado puede contribuir a reforzar la legitimación, autoridad e independencia de los órganos de justicia constitucional.³³ Una actitud cerrada a esta práctica podría implicar que los tribunales constitucionales perdieran la oportunidad de encontrar argumentos útiles a su labor.³⁴

Existe una crítica común a la adopción de modelos extranjeros, por ejemplo, Samuel Ramos decía que se equivocaban los europeizantes, porque no ven la cultura europea desde México, sino que ven a México desde Europa. Son hombres que abandonan idealmente la vida que los rodea, y dejan de ser mexicanos. No existe en su espíritu el elemento nativo que al sufrir la acción de la cultura europea injerte en el tronco de ésta una rama nueva, que llegue a ser más tarde una unidad independiente de cultura.³⁵

Sin embargo, como afirman, Konrad Zweigert y Hein Kötz la recepción de las instituciones legales extranjeras no es cuestión de nacionalidad, sino de utilidad y necesidad. Nadie se molestaría en adquirir una cosa del exterior cuando, en su casa, tiene una igual o de mejor calidad; sin embargo, sólo un necio se negaría a

³² BRITO MELGAREJO, Rodrigo, *El Diálogo entre los Tribunales Constitucionales*, Porrúa, México, 2011, p.31.

³³ Ídem.

³⁴ Ídem.

³⁵ RAMOS, Samuel, *El perfil del hombre y la cultura en México*, México, Planeta, 2005, p.87; «Bolívar, entre sus observaciones sobre el Nuevo Mundo, que los americanos somos europeos de derecho. En México se ha abusado de este derecho por todo un siglo, imitando a Europa arbitrariamente, sin otra ley que el capricho individual. El pecado original del europeísmo mexicano es la falta de una norma para seleccionar la semilla de cultura ultramarina que pudiera germinar en nuestras almas y dar frutos aplicables a nuestras necesidades particulares», p.90.

que le administrasen quinina sólo porque no se produjo en el jardín de su casa.³⁶
Respecto al nacionalismo superfluo, Alfonso Reyes comenta lo siguiente:

*«Así, pues, en México no podríamos trabar conocimiento con las matemáticas, porque no hay una manera mexicana de multiplicar el dos por dos, ni puede sacarse otro producto que el universal número cuatro. No podríamos escribir novelas, porque la novela es una importación tan extranjera como lo fue el verso endecasílabo en la España de Garcilaso. ¿Qué más? La lengua que hablamos nos ha venido de otra parte. Ciertamente que nosotros también, es una apreciable proporción, vinimos de otro mundo. Pero lo mismo pasa a todos los pueblos y razas, y de ello nadie se duele, ni nadie saca estorbosas consecuencias para su literatura y sus artes. La naturaleza está hecha de vasos comunicantes, y no hay que temer al libre cambio en el orden del espíritu».*³⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza constantemente estudio comparado de leyes, doctrina o jurisprudencia, como un argumento con distintas finalidades.

Ha sido utilizado para establecer distinciones a título de ejemplo:

- «La inscripción en el Registro Público de la Propiedad según la legislación mexicana, no significa traslación de dominio como acontece en Alemania y en Suiza.»³⁸
- «El artículo 141 del Código de Comercio, no siguió los sistemas de las legislaciones belga, italiana, francesa, española etcétera, sino que, modificándolos, formó otro».³⁹ «Nuestra legislación no tiene en cuenta la "causa", como un requisito para la validez de la obligación, precisamente por las dificultades que entrañó la teoría relativa a la causa, en las legislaciones que la

³⁶ ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ Hein, *Introducción al derecho comparado*, Colección de Estudios Jurídicos, tr. Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford University Press, 2002, p.18.

³⁷ REYES, Alfonso, *Textos una antología general*, SEP, México, 1982, p.76.

³⁸ SJF, 157-162 Cuarta Parte, 5, (TA), p. 29.

³⁹ SJF, Informe, 5, (TA), p. 144.

aceptaron, como la francesa, porque ella se confundía con el objeto o con el motivo de la obligación».⁴⁰

- «La interpretación de nuestra ley, en todo lo relativo a la simulación de los contratos, debe inspirarse en la doctrina de los autores italianos, y de ninguna manera en la doctrina francesa, que ni siquiera admite la simulación como causa de nulidad de las obligaciones».⁴¹

- «En la doctrina penal alemana es conocida con el nombre de error de prohibición directo».⁴²

- «El delito de adulterio, como todos los actos impúdicos, es refractario a la prueba directa, por lo cual los juzgadores han admitido la indirecta, para comprobar esta clase de delitos. Desde las Leyes de Partida, que están de acuerdo con la doctrina admitida por el derecho español antiguo y por las escuelas modernas, principalmente la italiana y la alemana, es admitida la prueba indirecta para la comprobación de este delito».⁴³

- «El fenómeno que se viene tratando, no es original de nuestra legislación, pues igualmente existe en las legislaciones española, francesa, belga, alemana y brasileña, con la única variante de que en España se fijan cinco años para que pueda verificarse la revisión, tres en Francia y Bélgica, y dos en Alemania y Brasil, con ese mismo objeto».⁴⁴

- «...los actos de voluntad individual realizados por los titulares de los órganos del Estado, dentro de la esfera de sus respectivas atribuciones legales, son actos del mismo Estado, de acuerdo con la doctrina, ya sea la teoría francesa del mandato y representación, o la alemana, del órgano, pues ambas llegan a la misma conclusión, esto es, que cuando obra el órgano, obra el Estado».⁴⁵

Finalmente, en el derecho comparado deben mediar «reflexiones comparativas específicas acerca del problema del que tratan los estudios»⁴⁶ y «desentenderse

⁴⁰ SJF, XXVII, 5, (TA), p. 477.

⁴¹ SJF, LVII, 5, (TA), p. 2800.

⁴² SJF, 7, (TA), p. 24.

⁴³ SJF, XXVIII, 5, (TA), p. 401.

⁴⁴ SJF, LXXIV, 5, (TA), p. 2545.

⁴⁵ SJF, 5, (TA), p. 145.

⁴⁶ ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ Hein, *op. cit.*, p.7.

de sus propios conceptos doctrinales y jurídicos y liberarse de sus propios contextos culturales para descubrir conceptos «neutrales» con los cuales describir dichos problemas o conflictos de intereses». ⁴⁷ Si bien es cierto que las naciones se enfrentan con problemas parecidos, ⁴⁸ para que un estudio comparado aporte una solución debe existir «una cierta proximidad cultural». ⁴⁹

En materia de derechos humanos ha sido fundamental el uso de precedentes extranjeros.

1.5.Derechos Fundamentales

1.5.1. Noción y teorías que explican su naturaleza. En este apartado daré algunos lineamientos sobre los derechos fundamentales, tema de actualidad especialmente después de la Reforma Constitucional, la Nueva Ley de Amparo y la resolución de la Suprema Corte sobre el control difuso.

En relación con la aproximación lingüística cabe señalar que existe una gran cantidad de expresiones referentes a los derechos humanos, a saber: derechos naturales, derechos individuales, derechos públicos subjetivos, derechos del hombre, libertades públicas, derechos morales, derechos fundamentales, derechos humanos fundamentales, derechos esenciales, garantías individuales y sociales, derechos del gobernado, derechos del hombre, libertades fundamentales, derechos constitucionales, garantías fundamentales, derechos sustantivos, derechos sustantivos del gobernado, derechos subjetivos públicos, derechos públicos fundamentales, derechos básicos, etc.

Cada una de estas denominaciones se realiza a partir de una fundamentación teórica. Por ejemplo, el término «derechos públicos subjetivos» se creó en el seno

⁴⁷ ibídem, p.12.

⁴⁸ Por ejemplo, Mauro Cappelletti habla de la 'naturaleza transnacional' de "fenómenos cada vez más relevantes", en *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, tr. Héctor Fix Fierro, México, Ed. Porrúa, 1993, p. 14-5.

⁴⁹ ALTAVA LAVALL, Manuel Guillermo, *Lecciones de Derecho Comparado*, Castelló de la Plana, Universitat Jaume, 2003, p.31.

de la escuela del derecho público alemán en siglo XIX, como especificación del concepto más genérico de derecho subjetivo, expresión del individualismo en el pensamiento positivista.⁵⁰

Nuestra Suprema Corte utiliza la expresión legal y constitucional «derechos humanos», la de «derechos fundamentales» y garantías en su acepción de «derecho a o derecho de».

1.5.2. Su fundamento.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli son cuatro las formas posibles para describir su fundamento:

1. En un primer significado, el «fundamento de los derechos fundamentales» designa la *justificación* o el *fundamento axiológico* de esos valores o principios de justicia que son los derechos fundamentales; en otras palabras, es el fundamento de la respuesta dada por la *filosofía política*, o si se prefiere, por la *filosofía de la justicia*, a la interrogante «¿cuáles son los derechos que es justo garantizar como fundamentales?»⁵¹

2. En un segundo significado, el «fundamento de los derechos fundamentales» designa la *fuentes* o el *fundamento jurídico* que tienen en el derecho positivo esas posiciones subjetivas que son precisamente los derechos fundamentales; en otras palabras, es el fundamento de la respuesta a la pregunta «¿cuáles son los derechos fundamentales?», dada desde el derecho positivo y, por ello, desde la *dogmática constitucional* o *internacional*, desde un punto de vista interno al derecho positivo.⁵²

⁵⁰ PECES BARBA, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, 2004, Madrid, p.23.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, p.284.

⁵² Ídem.

3. En un tercer significado, el «fundamento de los derechos fundamentales» designa el *origen* o el *fundamento histórico-sociológico* de esas conquistas del progreso jurídico que son los derechos fundamentales; en otras palabras, es el fundamento de la respuesta a la pregunta «¿cuáles han sido los derechos fundamentales concretamente defendidos en el plano histórico, y de hecho satisfechos en el plano fenomenológico?», o bien «¿qué derechos, por qué razones, a través de qué procesos y con qué grado de efectividad son de hecho garantizados como derechos fundamentales?». Evidentemente, esta tercera pregunta es de competencia de la *sociología del derecho* y, por otro lado, de la *historiografía jurídica*.⁵³

4. Por último, en un cuarto significado, el «fundamento de los derechos fundamentales» designa la razón o el fundamento teórico de la noción de “derechos fundamentales”, es decir, el fundamento de la definición del concepto de derechos fundamentales, que es la respuesta a la pregunta «¿qué son los derechos fundamentales?», dada por la teoría del derecho.⁵⁴

1.5.3. Genealogía y desarrollo. Los derechos fundamentales han tenido un «*proceso de evolución*»⁵⁵ Erhard Denninger recuerda que la consideración histórica enseña que los derechos fundamentales no son la expresión, ni el resultado de una elaboración sistemática, de carácter racional y abstracto, sino respuestas normativas histórico-concretas a aquellas experiencias más insoportables de limitación y riesgo para la libertad.⁵⁶ Ricardo Flores Magón afirmaba que las libertades conquistadas por la especie humana son la obra de los ilegales de todos los tiempos que tomaron las leyes en sus manos y las hicieron pedazos.⁵⁷

⁵³ *Ibíd.* p.285.

⁵⁴ *Ibíd.*, p.286.

⁵⁵ PECES BARBA, Gregorio, *op.cit.*, p.103. De acuerdo a este autor las líneas de evolución de los derechos fundamentales son la positivización, la generalización, la internacionalización y la especificación.

⁵⁶ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)”, *Doxa* 4, 1987, p.62.

⁵⁷ FLORES MAGÓN, Ricardo, *La revolución mexicana*, selección y nota preliminar Adolfo Sánchez Rebolledo, Grijalbo, 1970, México, p.15.

Uno de los procesos evolutivos de los derechos humanos es la generalización, la cual consiste en el progresivo, aunque nunca definitivo, ajuste entre las afirmaciones de que los derechos son naturales, es decir, que corresponden a todos los seres humanos, y una práctica restrictiva que circunscribía su disfrute a una clase social, la burguesía.⁵⁸ Otro aspecto es la especificación. Norberto Bobbio dice que consiste en el paso gradual pero cada vez más acentuado hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los mismos.⁵⁹ Dentro de estas distinciones se concretizan derechos de personas que se encuentran en una situación de debilidad en un determinado contexto social como la mujer, el emigrante, el niño o el consumidor. En cuanto al contenido se desarrollan los valores de la solidaridad.⁶⁰

Luis Vigo dice que como es sabido las injusticias que provocó el modelo liberal-individualista a ultranza, justificó la aparición en nuestro siglo de nuevos derechos humanos que imponían al Estado como contrapartida, la necesidad de asumir ciertos deberes positivos, o sea de intervenir para que los derechos se quedaran simplemente en declaraciones formales o no operativas. Mientras que la generación decimonónica de derechos se traducía en «derechos de abstención» que tenía el individuo titular frente al Estado, en la segunda generación de los llamados “económicos, sociales y culturales” se definen como “derechos de créditos frente al Estado en tanto permiten exigirle ciertas prestaciones positivas.”⁶¹

Existe una tipología de los derechos humanos, los derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación.

⁵⁸ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *op.cit.*, p.110.

⁵⁹ *ibídem*, p.120.

⁶⁰ *ibídem*, p.123; Giancarlo Rolla afirma que una característica de los catálogos constitucionales en tema de derechos, es la evidente propensión a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos. La codificación tiende a ser exhaustiva y a especificar en modo detallado los perfiles de la personalidad y del actuar humano que se encuentran tutelados. Las listas resultan bastante minuciosas y con frecuencia el constituyente se encarga de identificar directamente las situaciones jurídicas subjetivas a tutelar; *op. cit.* p.21

⁶¹ VIGO, Rodolfo Luis, *op.cit.*, p.147.

La primera generación son los derechos civiles y políticos; la segunda generación son derechos económicos, sociales y culturales; la tercera generación son los derechos de solidaridad. Ahora incluso de habla de una cuarta generación.

Juan Antonio Cruz Parceró afirma que la utilización de este tipo de clasificaciones suelen ser clasificaciones más o menos arbitrarias que, si bien parten de algún centeno, en realidad no son consecuentes con él.⁶²

Acorde con ello consideramos que la libertad de expresión tiene en la actualidad una serie de dimensiones que no permiten encasillarlo en una sola generación.

1.5.4. El proceso de internacionalización.

La internacionalización del sistema jurídico mexicano recuerda lo que alguna vez dijo Octavio Paz en el *Laberinto de la Soledad* «Casi todos piensan, con un optimismo heredado de la Enciclopedia, que basta con decretar nuevas leyes para que la realidad se transforme».⁶³

No debe confundirse el proceso de internacionalización con el de universalización. De acuerdo con Bidart Campos, este último «es un cierto fenómeno de mimetismo o imitación cultural que se produce con el advenimiento del constitucionalismo moderno en tanto se ponen de moda que las constituciones formales incluyan un catálogo o una declaración de derechos».⁶⁴

El sistema internacional de los derechos humanos, de acuerdo con Hermilo López-Bassols se desarrolla a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, instrumento pilar de todo el sistema, del cual se derivan todos los instrumentos universales y regionales.⁶⁵

⁶² CANTON J, Octavio, CORCUERA, Santiago, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Porrúa, México, 2004, p.3.

⁶³ OCTAVIO PAZ, *Laberinto de la soledad*. Postdata. Vuelta a El laberinto de la soledad, México, FCE, p.136.

⁶⁴ VIGO, Rodolfo Luis, *op. cit.*, p.144.

⁶⁵ LÓPEZ BASSOLS, *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Porrúa, México.

La Declaración Universal por su valor moral, y por la importancia jurídica y política que ha ido adquiriendo con el transcurso del tiempo, se le puede situar a la altura de la *Carta Magna* inglesa (1215) y de la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) como un hito en la lucha de la humanidad por la libertad y la dignidad humana.⁶⁶

Asimismo, los derechos humanos que se reconocen en los diversos instrumentos internacionales son el resultado de complejas negociaciones en donde los diferentes países procuran «positivar» su ideología. Eleanor Roosevelt cuenta su experiencia:

*«Desde las primeras reuniones de la comisión, descubrimos que hasta que fuera posible alcanzar alguna clase de acuerdo sobre la Declaración, íbamos a recibir muchas opiniones contrarias de los representantes rusos, particularmente del doctor Pavlov, quien no desperdiciaba oportunidad de intentar incluir un poco de filosofía comunista en el documento. Por ejemplo, al final de casi todos los artículos, los rusos proponían arreglar la Declaración para que dijera: “Esto será impuesto por el Estado”».*⁶⁷

La internacionalización se ha desarrollado principalmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, es decir, se encuentra en el marco del Derecho Internacional Público Contemporáneo, que de acuerdo con Hermilo López Bassols se identifica por ser social y humanista, institucionalizado y democrático. Esta institucionalización ha cambiado «la forma y producción normativa internacional al fortalecer el desarrollo de las normas convencionales multilaterales».⁶⁸ De igual modo, Luis T. Díaz Müller afirma que en el próximo futuro del siglo XXI, asistiremos a un reforzamiento de lo hemos venido planteando: una cierta devaluación de las protecciones nacionales, más que nada por el carácter

⁶⁶ ORAÁ, Jaime, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1997, p.11.

⁶⁷ ROOSEVELT, Eleanor, *Autobiografía*, tr. Analola N. de Icaza, Novaro-México, México, 1964, p.183.

⁶⁸ LOPEZ BASSOLS, *op. cit.*, p.12.

transnacional que asumen los fenómenos jurídicos, políticos y económicos y que siembran la duda acerca de la eficacia de los regímenes de protección o exigen nuevas fórmulas de tutela».⁶⁹

La protección a los derechos humanos se desenvuelve a partir de dos esferas, la universal, en el seno de las Naciones Unidas y la regional, compuesto por el sistema europeo, interamericano y el africano.

De todos modos, no resulta demás romper una lanza por la crítica a la legitimidad de algunas de las autoridades supranacionales, toda vez que no encuentran sustento dentro nuestro sistema de fuentes tradicional-constitucional, ¿Qué legitimidad política tienen dichos entes? Lo anterior tomando en cuenta que incluso el control judicial de las leyes ha sido objeto de interesantes objeciones.⁷⁰

Los tratados internacionales cobrarán mayor importancia por la nueva Ley de Amparo y por el control de convencionalidad. El Pleno de la Suprema Corte resolvió el asunto **Varios 912/2010** en el que estableció lo siguiente:

- La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

- El Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos:
 - Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos

⁶⁹ DÍAZ MÜLLER, Luis T., *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2006, p.15.

⁷⁰ Ver GARGARELLA, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 6, abril 1997.

humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

- Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
 - Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.
- Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

Finalmente en cuanto al control difuso nuestro Tribunal Constitucional ha que actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial.

- El control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto;
- El control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas.

Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional.

Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.

Recientemente, el Pleno de la Suprema Corte determinó que en el control difuso de convencionalidad, la inaplicación de la norma cuya inconvencionalidad se declara sólo trasciende a una inconstitucionalidad indirecta del acto reclamado al no existir la declaratoria relativa. **P. V/2013 (10a.)**

1.6.La teoría constitucional del bien jurídico y Libertad del Legislador

1.6.1. El bien jurídico

El bien jurídico tuvo una función estratégica en las estrategias descriminalizadoras y en este sentido se utilizó para derogar aquellas conminaciones penales que no tenían como objeto la pr

protección de algún concreto bien jurídico o que únicamente pretendían proteger concepciones morales, se utiliza actualmente con una finalidad distinta, como un criterio para criminalizar.⁷¹

El principio de protección de bienes jurídicos fue elaborado originalmente por Feuerbach y posteriormente desarrollado por Birnbaum y von Liszt, entre otros, como consecuencia de una concepción crítica del Derecho penal.⁷² Sólo los intereses humanos (Feuerbach) o, en su caso, los bienes jurídicos (Birnbaum, von Liszt) pueden ser objeto de protección por el Derecho penal. Una conminación penal que sólo tenga como objeto *ideología social*, es, por tanto, ilegítima. Cuanto mayor sea la vinculación de una conminación penal con un bien jurídico (como, por ej., en los daños patrimoniales o en el homicidio), tanto más intensiva podrá ser, pudiendo incluso castigar la puesta en peligro del bien jurídico (como, por ej., en el delito de incendios).⁷³

El bien jurídico se encuentra vinculado con el los poderes del Legislador, al respecto Luis Prieto Sanchís dice que tradicionalmente es en el *ius puniendi*, en la definición de los delitos y de las penas, donde con más vigor se han atrincherado las prerrogativas del legislador soberano.⁷⁴

1.6.2. Principio de proporcionalidad.

Ya desde hace buen tiempo se afirma que el Derecho penal es necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales.⁷⁵

Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El principio

⁷¹ HASSEMER, Winfried "Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania", *Doxa*, 8, 1990, p.184.

⁷² *ibídem*, p.179.

⁷³ *ibídem*, p.179.

⁷⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *op.cit.*, p.19.

⁷⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., Buenos Aires, B de F Ltda., p.126.

de la «máxima utilidad posible» para las posibles víctimas debe combinarse con el de «mínimo sufrimiento necesario» para los delincuentes.⁷⁶

Este principio de derecho penal se ha desarrollado ampliamente debido al principio de proporcionalidad respecto a los derechos de defensa, ya en el ámbito constitucional.

Martin Borowski comenta que cuando se trata de los derechos de defensa, la protección debe aplicarse en la forma de la interdicción del exceso; el objeto del examen se restringe a la intervención efectuada por el Estado mediante una actuación positiva.⁷⁷

El principio de proporcionalidad tiene subprincipios, a saber:

- **Subprincipio de idoneidad.** Una medida estatal es idónea si su adopción conduce a que se alcance o se favorezca la obtención del fin legítimo perseguido por el Estado. Un fin es legítimo si su consecución está ordenada o en todo caso permitida constitucionalmente. Los fines ilegítimos son sólo aquellos cuya obtención está prohibida por la Constitución.⁷⁸
- **Subprincipio de necesidad.** Una medida estatal no es necesaria si su finalidad también puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor. Debe aclararse que no podrán considerarse como medios

⁷⁶ *Ibíd.*, p.128; «Que el Derecho penal sólo deba proteger «bienes jurídicos» no significa que todo «bien jurídico» haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal. El concepto de «bien jurídico» es, pues, más amplio que el de bien jurídico-penal».

⁷⁷ BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad del Externado Colombia, Bogotá, 2003, p.130.

⁷⁸ *Ídem.*

alternativos, todos aquellos que cumplan los presupuestos en esta definición, pero que a la vez afecten a otras posiciones constitucionales.⁷⁹

- **Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.** El principio de proporcionalidad en sentido estricto exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican.⁸⁰

Recientemente la Suprema Corte resolvió en el Amparo directo en revisión 181/2011 que el principio de proporcionalidad en sentido amplio constituye una herramienta argumentativa para examinar la legitimidad constitucional de cualquier medida estatal que afecte los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, para que una pena sea proporcional desde este punto de vista no sólo debe tener una finalidad constitucionalmente legítima, sino también superar el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

En dicho amparo se estableció que el aumento de la pena para el delito de secuestro express hasta situarla en un rango de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa es una medida que supera el examen de necesidad que debe llevarse a cabo en la segunda grada del principio de proporcionalidad en sentido amplio. En materia penal, el subprincipio de necesidad no debe entenderse en el sentido de que la intervención en los derechos fundamentales o principios constitucionales debe ser la más benigna entre los medios alternativos posibles que tengan al menos la misma idoneidad para contribuir al fin perseguido. Para que el aumento en una pena supere el examen de necesidad simplemente se requiere que el sacrificio que implica la medida no sea manifiestamente innecesario. En este caso, la forma de probar que una medida es innecesaria consiste en mostrar que no existe una mayor eficacia preventiva de la nueva pena con respecto a la anterior. En este sentido, también resulta relevante el margen de acción epistémico que posee el legislador

⁷⁹ BOROWSKI, Martín, *op.cit.*, p.130.

⁸⁰ *ibídem*, p.131.

democrático. En ausencia de evidencia que desmienta esa mayor idoneidad preventiva de la nueva pena, debe entenderse que esa incertidumbre juega en beneficio de la constitucionalidad de la medida. En consecuencia, en este caso concreto es posible afirmar que el aumento en la pena para el delito de secuestro express supera el examen de la necesidad de la medida.⁸¹

Como se advierte el test de proporcionalidad ya es aplicado por nuestra Suprema Corte.

Una versión interesante del bien jurídico es su perspectiva constitucional, es decir, aquella que considera que en la Constitución se hallan valores que deben respetar y proteger el Legislador. Esta teoría se alimenta del fenómeno de la constitucionalización, que *obliga* a las autoridades y particulares a ceñirse *sin intermediarios*- a sus mandatos. Al respecto Nicolás García Rivas describe la teoría constitucional del siguiente modo:

«...no significa simplemente “no incompatibilidad” del bien respecto a la Constitución, sino la asunción del mismo entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la Carta constitucional. Por otra parte, la expresión “relevancia constitucional” es bastante amplia, incluyendo no sólo los

⁸¹ Asimismo se arguyó que el principio de proporcionalidad contemplado expresamente en el artículo [22 constitucional](#) no sólo impone al juez el deber de individualizar la pena teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, también constituye un mandato dirigido al legislador que implica la obligación de verificar que existe una adecuación entre la gravedad del delito y la de la pena. Para hacer este análisis hay que partir de que la relación entre delito y pena es de carácter convencional. En esta línea, la cláusula de proporcionalidad de las sanciones penales no puede significar simplemente que sea inconstitucional una pena cuando ésta es mayor a la de un delito que protege un bien jurídico del mismo valor o incluso de mayor importancia. Por otro lado, la exigencia de proporcionalidad no implica que el sistema de penas previsto en los códigos penales atienda exclusivamente a la importancia del bien jurídico protegido, la intensidad del ataque a ese bien o al grado de responsabilidad subjetiva del agente. La gravedad de la conducta incriminada y la sanción también están determinadas por la incidencia del delito o la afectación a la sociedad que éste genera, siempre y cuando haya elementos para pensar que el legislador ha tomado en cuenta esta situación al establecer la pena. Esto significa que para enjuiciar la proporcionalidad de una pena a la luz del artículo [22 constitucional](#) puede ser necesario atender a razones de oportunidad condicionadas por la política criminal del legislador. Primera Sala. Amparo directo en revisión 181/2011. 6 de abril de 2011. Cinco votos. (El Ministro José Ramón Cossío Díaz formuló voto concurrente respecto de algunas consideraciones). Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

*derechos del individuo garantizados constitucionalmente, sino también los valores que son objetivamente tutelados».*⁸²

Luigi Ferrajoli dijo que el descubrimiento de la Constitución tuvo consecuencias, sobre todo gracias a la obra de Franco Bricola y de su escuela tiene lugar una revisión en clave constitucional de la teoría del delito y de los bienes jurídicos y, asimismo, gracias al encuentro con la sociología de la desviación, que fue promovida, Alessandro Baratta en esos mismos años, se regresó a la antigua penalística civil que criticaba al derecho penal vigente y a sus funciones de control social.⁸³

Sin embargo, Luis Prieto Sanchís hace una crítica importante a la teoría constitucional de los bienes jurídicos, esgrime que:

*«En el marco de un Estado constitucional como el español una solución muy socorrida es acudir a los valores constitucionales: de un lado, tal opción entronca con una doctrina bastante extendida que tiende a identificar de ese modo los bienes jurídico-penales; de otro, parece muy comprensible que, teniendo en cuenta el origen contractualista del constitucionalismo, acudamos a la Constitución para determinar qué tipo de cosas son verdaderamente importantes, tanto que su configuración jurídica básica pretende ponerse a salvo de la discrecionalidad política del legislador».*⁸⁴

El mismo autor comenta que:

«...no parece que de la Constitución se deduzca un catálogo de concretos bienes penalmente relevantes. De entrada, se advierte lo que pudiéramos llamar un exuberante horizonte de valores en la Constitución, muchos además, de carácter positivo...Para decirlo en pocas palabras, el modelo constitucional parece postular

⁸² *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, p.51; agrega que "A este respecto, y siguiendo la línea de este trabajo, creo conveniente tomar como punto de referencia la tesis expresada por Bricola sobre la necesidad de que los bienes jurídicos protegidos por el legislador penal tengan "relevancia constitucional". Relevancia constitucional de un bien" *op. cit.* p. 50.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, p.221.

⁸⁴ p.278.

*un «Estado máximo» en el que muy pocas cosas pueden resultar indiferentes a la acción de los poderes públicos...Suponer que todo aquello que en la Constituciones propone como valioso ha de gozar de protección penal me parece exigir demasiado y convertiría esa protección en un instrumento «obligado de la política legislativa».*⁸⁵

En el caso que estudia la presente tesis tiene relevancia la teoría constitucional del bien jurídico porque fue parte de la argumentación de la Suprema Corte.

1.7.Derechos culturales y nacionalismo

De acuerdo con Raúl Ávila Ortiz el derecho cultural nacional se subdivide en derecho cultural general y derecho cultural de las comunidades nacionales. Esta última se subdividiría en: a) Derecho de las comunidades indígenas; b) Derecho de la promoción de las culturas populares y c) Derecho de los símbolos nacionales.⁸⁶

Recientemente la Primera Sala al resolver el ***Amparo directo 11/2011***, determinó que el derecho a la cultura, establecido en el penúltimo párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es inherente a la dignidad de la persona humana, y en virtud de su naturaleza de derecho fundamental, debe interpretarse armónicamente con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad a que se refiere el párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución General de la República; debiéndose garantizar tanto su acceso, como su participación sin discriminación alguna y respetándose en su máxima expresión, tanto en lo individual como en lo colectivo. Sin embargo, como cualquier derecho humano, no es absoluto o irrestricto, pues si bien en su formulación o enunciación normativa no contiene límites internos, como todos los derechos encuentra ciertos límites de manera externa, que implica su relación con el ejercicio de otros derechos, pues carecería

⁸⁵ PRIETO SANCHÍS, *op. cit.* p. 280; «...no se requiere un extraordinario esfuerzo hermenéutico para conectar cualquier prohibición penal con algún valor, principio, derecho o directriz», p.280.

⁸⁶ *idem*, p.63.

de legitimidad constitucional que bajo el auspicio de una expresión o manifestación cultural se atentara contra otra serie de derechos también protegidos de manera constitucional, lo cual estará, en su caso, sujeto a valoración o a ponderación en el caso particular de que se trate.

La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural inmaterial 2003 establece:

A los efectos de la presente Convención,

1. Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.

2. El “patrimonio cultural inmaterial”, según se define en el párrafo 1 supra, se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes:

- a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial;
- b) artes del espectáculo;
- c) usos sociales, rituales y actos festivos;
- d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;
- e) técnicas artesanales tradicionales.

3. Se entiende por “salvaguardia” las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización,

transmisión -básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos.

Sin duda, la bandera mexicana es un bien cultural del país. ¿Quién no recuerda el Juramento a la Bandera?

*¡Bandera de México!
legado de nuestros héroes
símbolo de la unidad de nuestros
padres y nuestros hermanos,
te prometemos ser siempre fieles
a los principios de libertad y de justicia
que hacen de nuestra Patria
la nación independiente,
humana y generosa
a la que entregamos nuestra existencia.*

Cada bandera expresa valores con un simbolismo propio, inconfundible, y les confiere la representación de la identidad nacional. Lo distintivo de la bandera mexicana es que en su hechura participaron tres tradiciones diferentes: la indígena, la herencia religiosa hispánica y colonial, y la tradición liberal que propuso fundar estados autónomos y soberanos.⁸⁷

Incluso la imagen de la virgen de Guadalupe, acompañada con las insignias de la antigua Tenochtitlán, se convirtió en la representación más genuina del reino de la Nueva España: era el símbolo de lo propiamente mexicano; unía el territorio antiguamente ocupado por los mexicas con el sitio milagrosamente señalado para la aparición de la madre de Dios.⁸⁸

Alfonso Reyes en su *Visión de Anáhuac* narra una parte del mito fundacional:

⁸⁷ FLORESCANO, Enrique, *La bandera mexicana*, Fondo de Cultura Económica, 2004, p.13.

⁸⁸ ibídem, p.121.

*«En aquel paisaje, no desprovisto de cierta aristocrática esterilidad, por donde los ojos yerran con discernimiento, la mente descifra cada línea y acaricia cada ondulación; bajo aquel fulgurar del aire y en su general frescura y placidez, pasearon aquellos hombres ignotos la amplia y meditabunda mirada espiritual. Extáticos ante el nopal del águila y la serpiente –compendio feliz de nuestro campo- oyeron la voz del ave agorera que les prometía seguro asilo sobre aquellos lagos hospitalarios».*⁸⁹

Ya en la Exposición de Motivos de la Ley Sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, establece lo siguiente:

«A los símbolos patrios se les venera por que , haciéndolo, se rinde homenaje a los héroes, conocidos y anónimos , que hicieron viables la independencia nacional y las instituciones republicanas; se ofrece tributo al pueblo de todas las épocas que, como a los que ahora nos toca luchar , hizo de la adversidad una oportunidad para el triunfo; se reconoce que en los valores de nuestra cultura está la esencia de nuestro ser como país; se reafirma la voluntad de soberanía y se ratifica nuestra devoción por cuanto no es exclusivo y propio: Lo mexicano».

El nacionalismo se ha estudiado desde diversas perspectivas, algunas de ellas críticas como la realizada por el marxismo. Al respecto, sólo como ejemplo, Gaspar Jorge García Gallo dice las clases dominantes encubren los fundamentos de su dominio mediante fórmulas ideales, religiosas, morales, filosóficas (“Dios, patria, religión, etc.”).⁹⁰

⁸⁹ REYES, Alfonso, *La “X” en la frente. Textos sobre México*, introducción y selección de textos Stella Mistrángelo, UNAM, México, 1993, p.69.

⁹⁰ GARCIA GALLO, Gaspar Jorge, *La concepción marxista sobre la educación y la educación*, Grijalbo, México, 1977, p.43; «Las guerras entre naciones son producto del conflicto extendido hasta más allá de las fronteras. Cuando el capitalismo crece desproporcionadamente adquiere las dimensiones “colonialistas” e “imperialistas” que lo llevan a expandir los privilegios de la clase poseedora de una nación sobre el territorio de otra. La guerra está realmente motivada por estos factores económicos, según los marxistas, pero para realizarla se mueve el sentimiento “nacional” de las grandes masas de desposeídos quienes son, finalmente, las encargadas de librar las batallas»; MONTENEGRO, Walter, *Introducción a las doctrinas político-económicas*, 4ª ed, 1965, 1956, FCE, México, p.109.

Ahora que hablamos del nacionalismo y la simbología, John Reed decía que los mexicanos, a diferencia de los franceses, no sentimos una fidelidad absoluta por los símbolos. El autor dice:

«Bandos rabiosamente antagónicos usan la misma bandera; en la plaza de casi toda pequeña ciudad se yerguen todavía estatuas laudatorias de Porfirio Díaz; aun en las mesas de los oficiales, en el campo de batalla, he bebido en vasos estampados con algo así como la efigie del dictador, en tanto que abundan los uniformes del ejército federal entre las filas de los revolucionarios»⁹¹

El nacionalismo -palabra-talismán⁹² se vive de distintas maneras: Guillermo Prieto narra en sus memorias la lucha entre un toro y un tigre,⁹³ el primero tenía el deber de cuidar la honra nacional. Ángel María Garibay dice que defender la pureza del lenguaje es defender la patria.⁹⁴ No podemos pasar por alto, el folclor nacional. Guadalupe Loaeza comenta:

«El agua de jamaica se hizo famosa en la residencia oficial de los Pinos en la época de López Portillo, pues Carmelita Romano gustaba de ofrecer como bebidas oficiales la de jamaica, horchata o limón. Según ella, representaban los ¡colores patrios!»⁹⁵

Cicerón dice en su *Tratado de la República* «Pero como la patria nos colma de beneficios, y es nuestra madre mucho antes que la que nos da a luz, le debemos

⁹¹ REED, John, México insurgente. Diez días que estremecieron al mundo, México, Porrúa, 1982, p.93.

⁹² Carlos Fuentes en *La silla del águila* en la voz de María del Rosario Galván —a Nicolás Valdivia— dice: “Te seré franca: también estás muy verde, también eres muy ingenuo. Muy ciruelo, como dicen en mi tierra. Mírate nada más. Conoces todas las palabras-talismán. Democracia, patriotismo, régimen de derecho, separación de poderes, sociedad civil, renovación moral. Lo peligroso es que crees en ellas. Lo malo es que las dices con convicción. Mi tierno, adorable Nicolás Valdivia. Has entrado a la selva y quieres matar leones sin antes cargar la escopeta”, *La silla del águila*, México, Punto de lectura, 2002, p.19.

⁹³ “Cada fiera tuvo su cohorte que daba cuenta de su posición, del estado de su salud y de su tristeza y alegría. Al toro mexicano los léperos, a su modo, se esforzaban por hacerle comprender que le estaba encomendada la honra nacional. Las chinas encomendaban a Dios al torito, y si hubieran podido le habrían llenado de estampas y escapularios”. PRIETO Guillermo, *Memorias de mis tiempos*, Editores Mexicanos Unidos, México, 2002, p.97.

⁹⁴ GARIBAY, Ángel María, *En torno al español hablado en México*, UNAM; México, 1997, p.143.

⁹⁵ LOAEZA, Guadalupe, *El ABC de las y los mexicanos*, Grijalbo, México, 2007, p.98.

mayor gratitud que a nuestros propios padres».⁹⁶ Un libro que usualmente se estudia en la secundaria *Hace falta un muchacho* de Arturo Cuyás dice:

*«Venera, tu, como símbolo sagrado, la bandera de tu Patria; sus altivas ondulaciones son como los latidos del corazón de todo un pueblo y no olvides que en sus pliegues va envuelto tu honor, el de tu familia y el de la nación entera. Descúbrete al verla pasar, con cariño y con respeto, y evoca en tu mente, como yo le tributo...».*⁹⁷

En *Aventuras de Telémaco* de Fenelón, Mentor le dice a Idomeneo:

*«Desde luego, hay que guardar inviolablemente las leyes de Minos para la educación de los niños. Hay que establecer escuelas públicas en las que se enseñe el temor de los dioses, el amor a la patria, el respeto a las leyes, y la preferencia del honor a los placeres y a la misma vida.»*⁹⁸

Tomás de Aquino en el *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes* dice:

*«Más aún, el amor a la patria se funda en la misma raíz de la caridad, la cual antepone el bien común al propio, y no viceversa, como lo dice San Agustín al explicar el pensamiento del Apóstol sobre la caridad. Y con razón el mérito de la caridad antecede al de todas las virtudes, ya que toda otra virtud depende de la caridad. Por tanto el amor a la patria merece el mayor honor entre todas las virtudes; y tal premio es el gobierno. Por ello de tal amor se sigue el principado. De tal amor a la patria dice Tulio en el libro De los Oficios: “De entre todas las sociedades ninguna es más agradable, ninguna más.»*⁹⁹

Cicerón en *Los oficios* dice:

«Pero recorramos con los ojos del ánimo y de la razón todas las diferentes sociedades, y hallaremos que la más estrecha, la que con más amor nos une, es la que tenemos los hombres con la República. Muy amados son los padres, los hijos, los parientes y los amigos; pero todos estos amores los encierra y abraza en sí el amor de la patria. Por la

⁹⁶ CICERÓN, *Tratado de la República. Tratado de las leyes. Catilnarias*, Porrúa, México, 1975, p.31.

⁹⁷ CUYÁS ARMENGOL, Arturo, *Hace falta un muchacho*, 8ª ed, Ed. Porrúa, México 1987, p.62

⁹⁸ FENELÓN, *Aventuras de Telémaco*, Porrúa, México, 1998, p.116.

⁹⁹ AQUINO, Tomás de, *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Gobierno de los príncipes.*, México, traducción y estudio introductorio por Carlos Ignacio González, Porrúa, 1990, p.312.

*cual ¿qué hombre de bien dudará exponer su vida si con esto la puede ser de provecho? Tanto más abominable la crueldad de aquellos que la han tiranizado con todo género de maldades, y que se han ocupado y aún ahora se ocupan en arruinarla enteramente. Mas llegando a términos de comparar cuáles obligaciones nos deben merecer más atención, las primeras son las de la patria y de nuestros padres, a quienes estamos obligados con especiales beneficios».*¹⁰⁰

Adolf Hitler dijo:

*«El Estado racista requerirá para su existencia y seguridad justamente de todo eso de lo cual hoy se cree que se puede prescindir. Cuanto más incomparable y valioso se haga este Estado en su forma y en su fondo, mayor será la emulación y la resistencia que le opongan sus detractores. Sus ciudadanos mismos y no sus armas, serán entonces sus mejores medios de defensa; no lo protegerán las barricadas, sino la muralla viva de hombres y mujeres plenos de amor supremo a la patria y de fanático entusiasmo nacional».*¹⁰¹

Como una crítica al «amor patrio podemos citar lo siguiente. Mauricio González de la Garza escribió en 17 mayo 1985 alega:

*«Pero eso sí, nos dicen que pagar impuestos es amar a México. Amemos a México pagándoles viajes a los presupuestívoros. Los viajes, sus compritas, sus cenitas y sus regaladas vidas. Mientras haya sexenio que corra la champaña. Al fin de cuentas después habrá chivos expiatorios que paguen los desmanes».*¹⁰²

Octavio Paz dijo que una cosa era la nación y otra la ideología nacionalista. Añadía: «El nacionalismo ideológico me parece terrible porque niega a los otros. Además, es una ceguera: no deja ver al mundo. Es una mutilación».¹⁰³ También ha causado estragos en el mundo, más concretamente, Hermann Hesse explica que cuando una vez en la primavera de 1915 le preguntó a un alemán amigo suyo por qué era tan desproporcionado devolver, bajo ciertas circunstancias, Alsacia a

¹⁰⁰ CICERON y SENECA, *Tratados Morales*, México, Cumbre, 1978, p.182.

¹⁰¹ HITLER, Adolf, *Mi lucha*. EPNSAL, México, 2000, p.143-4.

¹⁰² GONZÁLEZ DE LA GARZA, Mauricio, *Mauricio dice sin censura*, 3ª ed., México, Edamex, 1985, p.59

¹⁰³ PERALTA, Braulio, *El poeta en su tierra. Diálogos con Octavio Paz*, Grijalbo, México, 1996, p.39

Francia; el sujeto observó que personalmente pasaba por alto sus flaquezas, pero que se cuidara de manifestar tales cosas a otras personas si es que quería conservar su cabeza intacta.¹⁰⁴

Las glorias nacionales tienen su contraportada, por ejemplo en *Los Persas* de Esquilo aparece:

«CORO.- ¡Zeus rey! ¡Ahora de los persas altivos y potentes y sin número has quebrado el poder al aniquilar el ejército! Abismaste a Susa y a Ecbatana en sombría amargura de luto.

¡Cuántas mujeres están desgarrando con sus débiles manos los velos de sus rostros y mojando sus senos con los hilos ardientes de sus lágrimas, aprisionadas por la garra del dolor!

¡Y las esposas persas, muelles y doloridas en su llanto, anhelosas del consorte de su dicha, el varón, su joven compañero, saboreando el placer de suavísima juventud, se deshacen en sollozos interminables y se despiden del tálamo muellemente dispuesto ya solitario para siempre!

*Y a mí mismo me toca celebrar hoy la muerte de los que sucumbieron, manantial de infortunios que nunca cesarán».*¹⁰⁵

Arthur Schopenhauer dice que el orgullo en su especie superior, es el orgullo nacional. Se revela, en el que está atacado de él, la ausencia de las cualidades *individuales* de que pueda enorgullecerse, porque sin eso no hubiera recurrido a las que participa con tantos millones de individuos.¹⁰⁶

En relación con el nacionalismo cursi, cabe la anécdota que narra Jaime García Terrés respecto de Alfonso Reyes:

«Una vez estaba en Morelia, rodeado de amigos, tonificándose con cerveza después de haber escuchado una loa oficial a Melchor Ocampo, a cargo de uno de esos jilgueros de bárbara cursilería que merodean en semejantes rituales provincianos. De pronto, alguno de los jóvenes comensales le preguntó:

¹⁰⁴ HESSE, Hermann, *Y si la guerra continúa*, EMU, México, 2001, p.86.

¹⁰⁵ Esquilo, *Persas*, tr. Ángel María Garibay, Porrúa, México 1992, p. 34

¹⁰⁶ SCHOPENHAUER, Arthur, *La sabiduría de la vida. En torno a la filosofía. El amor, las mujeres, la muerte y otros temas*, Porrúa, México, 2004, p.44.

-Perdone, don Alfonso, ¿le molestaría si me quito el saco?

La contestación de Reyes fue tan veloz como lapidaria:

*-¡Por todos los dioses! Después de la monstruosidad que acabamos de oír, puede usted defecar en la mesa, si le da la gana».*¹⁰⁷

Finalmente, como un ejemplo de la regulación de los actos cívicos, La Ley Orgánica Municipal del Estado de Hidalgo establece:

Artículo 55.- Cada Municipio podrá organizar actos cívicos en las fechas históricas tradicionales y desarrollar eventos o actividades que tiendan a fomentar la educación cívica y la superación cultural de sus habitantes.

Los órganos que al efecto se conformen, se integrarán y funcionarán, en términos de los reglamentos correspondientes y en concordancia con el párrafo décimo primero del Artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, básicamente al elaborar el diagnóstico y el Programa Municipal de cultura, el catálogo de su patrimonio y el de sus principales manifestaciones culturales; podrán promover estas actividades alentando la participación social, fomentando la investigación y difusión de las manifestaciones culturales en el Municipio.

Artículo 55 bis.- En función del presupuesto destinado al rubro, en las bibliotecas públicas municipales se otorgarán servicios culturales complementarios, mediante la impartición permanente de exposiciones, conferencias, talleres o cursos de geografía, historia, literatura, poesía, música, filosofía, idiomas, fotografía, arte en sus distintas manifestaciones, así como aquellos que dispongan las Autoridades Municipales, los cuales se dirijan a promover el desarrollo cultura de los hidalguenses.

1.8.El derecho penal y el uso óptimo de sanciones no monetarias como medida de disuasión. El delito de ultrajes a la bandera se castiga con pena alternativa –prisión o multa-, por lo que es posible que un juez ordinario imponga una pena de prisión de hasta cuatro años.¹⁰⁸ Esta selección de penas y medidas de seguridad que realiza el legislador -como *titular* de la política criminal- tiene especial relevancia si tomamos en cuenta que México tiene una economía en vías de desarrollo, por lo que debemos buscar la eficiencia de nuestras instituciones y leyes.

¹⁰⁷ GARCÍA TERRÉS, Jaime, *El teatro de los acontecimientos*, Era, México, 1988, p.27.

¹⁰⁸ De acuerdo con el Código Penal Federal, el juzgador tiene la facultad de sustituir la pena,¹⁰⁸ que para el caso podría residir en trabajo a favor de la comunidad o semilibertad, cuando menos.

El Análisis Económico del Derecho¹⁰⁹ puede ser una herramienta de gran trascendencia para *enjuiciar* la eficiencia de la ley y determinar si no *despilfarra* recursos valiosos como son los ingresos del estado. Además, los costos sociales del encarcelamiento incluyen «el costo de oportunidad de la pérdida de productividad de los individuos encarcelados».¹¹⁰

Ahora bien, los recursos presupuestales son escasos, por esta razón los estudios relativos a la eficiencia de las instituciones jurídicas debe tener un lugar primordial en la academia. De esta manera los gobernantes deben elegir con cautela entre las distintas posibilidades de acción en materia de políticas públicas, es decir, es necesario *ponderar adecuadamente* el costo de oportunidad de cada una de las acciones gubernamentales.

Cabe señalar que -en el sistema presidencial- estas decisiones las toman el tanto el Ejecutivo como la Cámara de Diputados, quienes tienen la legitimación democrática para participar en las políticas públicas.¹¹¹ De todas formas la política criminal, en relación con la definición de los delitos pertenece al Legislativo, en virtud del principio de legalidad en materia penal., sin embargo, existen otro tipo de medidas gubernamentales que corresponden a la discrecionalidad del Ejecutivo, como es la estrategia de seguridad nacional.

¹⁰⁹ El cual se ha definido como “la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, proceso e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas”, GARCIA-JUNCO, David en “Análisis Económico del derecho y Política Pública”, *Justicia con Eficiencia. Memoria del Primer Congreso Anual de la Asociación Mexicana de Derecho y Economía*, México, Asociación Mexicana de Derecho y Economía, 1997, p.247 (285); FISS esgrime que el análisis económico del derecho es “un movimiento de derecha” en “¿La muerte del derecho?, *Doxa [Publicaciones periódicas]*. N° 10 – 1991, p.124.

¹¹⁰ COOTER Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p.596.

¹¹¹ En la Controversia constitucional 109/04 –sobre el Presupuesto de Egresos- se percibe este conflicto de *titularidad* de las políticas públicas, toda vez que el Ejecutivo impugnó varias partidas del Presupuesto por considerar que las diversas leyes aplicables establecían una competencia a su favor. El Ejecutivo tiene razón, sin embargo, en México no existe una vinculación entre el Plan Nacional de Desarrollo y el Presupuesto de Egresos.

Es realmente interesante la investigación de Robert Cooter porque presenta información valiosa para la *toma de decisiones*, por ejemplo, recomienda el uso de multas de la manera siguiente:

*«En general, la eficiencia requiere que se agote la capacidad de castigar a los delincuentes en forma barata, con multas, antes que recurrir al costos castigo de prisión. Segundo, el Estado debe gastar mucho más para disuadir a los individuos que no pueden pagar multas que para disuadir a los individuos que pueden pagar multas».*¹¹²

Shavell comenta que imponer sanciones no monetarias es costoso; es mejor para la sociedad amenazar con imponer sanciones sólo en aquellas ocasiones en que las partes puedan ser disuadidas con éxito de actuar de manera indeseable.¹¹³ En relación con la probabilidad del castigo comenta Robert Cooter que:

*«...Aquí analizaremos tres ejemplos especialmente interesantes. Primero, un estudio famoso en que el economista Isaac Ehrlich utilizó datos sobre los robos en todo los Estados Unidos en 1940, 1950 y 1960 para estimar las hipótesis de la disuasión y concluyó que, manteniendo constantes todas las demás variables, entre mayor sea la probabilidad de la condena por el robo menor será la tasa de robos. Segundo, Alfred Bulmstein y Daniel Nagin estudiaron la relación existente entre la evasión de la conscripción y sus castigos en los años sesenta y setenta. Estos autores concluyeron que una probabilidad mayor de la condena y un nivel mayor de la pena tendían a causar una tasa menor de evasión de la conscripción. Tercero, un estudio realizado por Kenneth Wolpin utilizó datos de series de tiempo de Inglaterra y Gales, durante el período de 1894-1967, para verificar un efecto de disuasión en esos países. Wolpin descubrió que las tasa delictivas del Reino Unido eran una función inversa de inversa de la probabilidad y la severidad del castigo».*¹¹⁴

¹¹² ibídem, p. 573.

¹¹³ SHAVELL, Steven "El derecho penal y el uso óptimo de sanciones no monetarias como medida de disuasión" en *Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p.437.

¹¹⁴ ibídem, p. 586.

El dato es valioso, de él podemos derivar la conclusión de que si la delincuencia sabe que será castigado, desciende la tasa de delincuencia.

1.9. Los diez axiomas del garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

Luigi Ferrajoli denomina como «sistema garantista, cognitivo o de estricta legalidad» a un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible. Dice que su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí:

- A1 Nulla poena sine crimine.
- A2 Nullum crimen sine lege.
- A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate.
- A4 Nulla necessitas sine iniuria.
- A5 Nulla iniuria sine actione.
- A6 Nulla actio sine culpa.
- A7 Nulla culpa sine indicio.
- A8 Nullum iudicium sine accusatione.
- A9 Nulla accusatio sine probatione.
- A10 Nulla probatio sine defensione.

Denomina a estos principios, además de las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente:

- 1) Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito.
- 2) Principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto.
- 3) Principio de necesidad o de economía del derecho penal.
- 4) Principio de lesividad o de la ofensividad del acto.
- 5) Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción.
- 6) Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal.
- 7) Principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto.
- 8) Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación.

9) Principio de la carga de la prueba o de verificación.

10) Principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.¹¹⁵

Luigi Ferrajoli sostiene que tras la huella de Hegel desaparecerán progresivamente del horizonte de las teorías del bien jurídico los intereses materiales de los individuos de carne y hueso, para dejar su puesto, primero, a los intereses y la voluntad del estado, y después, a la simple idea del derecho y del estado.¹¹⁶

Dice que en un ordenamiento de constitución rígida, frente a una ley de dudosa validez, tanto el juez como el jurista tienen ante sí dos caminos igualmente legítimos: pueden hacerla cuadrar con la Constitución, aportando interpretaciones que reduzcan su alcance normativo pero legitimando así su conservación; o pueden enfatizar el contraste con la Constitución, este modo, en tanto la norma no sea anulada, interpretaciones anticonstitucionales. Tómese por ejemplo la duda de validez constitucional que puede suscitar el art. 290 del código Rocco sobre el desacato al gobierno y el consiguiente problema de la aplicación de esta norma al caso de quien dice públicamente «gobierno ladrón». Siguiendo el primer camino se dirá que la norma es válida en base a la frase «gobierno ladrón», que se entiende permitida por el principio constitucional de libertad de expresión. Siguiendo la segunda, se dirá por el contrario que la misma norma es inválida conforme a una interpretación extensiva que incluye su aplicación a la misma frase, igualmente considerada permitida por el principio constitucional de libertad de expresión.¹¹⁷

1.10. Principio de legalidad y taxatividad de las leyes penales

El maestro Roxin, comenta una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ª. Ed., Trotta, Madrid, 2005, p. 93.

¹¹⁶ *Ibidem*, p.469.

¹¹⁷ *Ibidem*, p.879.

autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base pura para un reproche de culpabilidad.

Es decir, a nuestro entender, Roxin distingue tres aspectos en relación con este tema, en primer lugar, la necesidad de evitar la arbitrariedad de los gobernantes,¹¹⁸ no importando si existe alguna *intromisión entre* poderes, la segunda, en cambio, constituye precisamente el principio de la división de poderes,¹¹⁹ y finalmente el componente ético-estatal del principio de responsabilidad, en virtud del cual la norma penal debe estar redactada de tal manera que tenga un efecto perlocucionario satisfactorio¹²⁰ y así poder ser *reprochable* a los ciudadanos.

Es claro que estos tres aspectos se relacionan, sin embargo, considero pertinente estudiarlos por separado pues tienen principios y finalidades distintas.

Cabe reiterar que no se puede eliminar la necesidad de que las leyes penales deban ser claras para el destinatario de la norma –*Normadressat*–, toda vez que sólo a través de la claridad de la ley, puede fundamentarse la culpabilidad del infractor de la norma penal, es decir, en materia penal es necesario demostrar que la norma puede ser capaz de formar una adecuada conciencia de antijuridicidad

¹¹⁸ Desde esta perspectiva, la Primera Sala la Suprema Corte de Justicia ha señalado que “La mencionada garantía, contenida en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva de los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, recogidos en nuestra Ley Fundamental con objeto de dar seguridad jurídica a los gobernados y evitar arbitrariedades por parte de la autoridad”, SJF, 9, 1a. XXI/2005, p.213, Marzo de 2005.

¹¹⁹ Winfried Hassemer comenta que “La concreción de la división de poderes, un principio fundamental del estado de derecho democrático, en la relación de la legislación con el Poder Judicial, pero también con el Poder Ejecutivo, depende en buena medida de que el lenguaje de la ley tenga éxito” en *Crítica al Derecho Penal*, 2ª ed., tr. Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, AD-HOC, 1998, p.16.

¹²⁰ Entendiendo por tal, dice Vernengo, «el efecto que el acto lingüístico emitido produce sobre el receptor del mensaje», ver “El Discurso del Derecho y el lenguaje normativo», *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 4 (abril 1996), pp. 87-95.

en los ciudadanos, ¿cómo reprochar el incumplimiento de una norma penal incierta?

La Suprema Corte ha establecido que el Legislador está vinculado al cumplimiento de la garantía de exacta aplicación de la ley penal, como se desprende de la jurisprudencia siguiente:

«EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR. *El significado y alcance de dicha garantía constitucional no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia; que no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa. Primera Sala. Tesis de jurisprudencia 10/2006».*

Es oportuno explicar la diferencia entre la arbitrariedad y el principio de responsabilidad respecto al principio de división de poderes. Pensemos en que una persona realizara algún tipo de conducta que no estuviera tipificada como delito, entonces, por medio de la analogía un juez *creara* un nuevo supuesto de punición. Supongamos que el asunto siguiera todos los cauces legales, hasta llegar al Tribunal Colegiado, el cual confirma la *creación* de un nuevo supuesto. La sentencia de ese órgano de control constitucional se publicaría y además, la tesis se haría del conocimiento de todos los ciudadanos. Ahora en adelante sabríamos de la existencia de un nuevo supuesto penal.

¿Por qué la condena que se haga a partir de ese supuesto, sería *de todas formas* inconstitucional, si tomamos en consideración que los jueces ordinarios estarían aplicando un *criterio* conocido? Es decir, no podría hablarse de arbitrariedad, y además al hacerse del conocimiento de los ciudadanos, éstos serían capaces de internalizar el contenido del *nuevo* delito. Sería inconstitucional porque se violaría el principio de división de poderes.

Luis Flávio Gomes esgrime que una tercera fundamentación del principio de legalidad es de naturaleza jurídico-penal y, originariamente, tiene por base la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach: si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de delincuentes potenciales, la determinación psíquica que se pretende sólo puede ser alcanzada si antes del hecho se fija en la ley, de la forma más exacta posible. Es fundamental saber cuál es la acción prohibida. Si falta una ley previa o ésta es poco clara, no se podrá producir el efecto intimidatorio, porque nadie sabrá si su conducta puede acarrear una pena o no.¹²¹

A estas alturas imagino que algunos lectores estarán pensando utilizar el *argumentum ad absurdum*, para contrarrestar mis argumentos, van a esgrimir que si los aceptamos, entonces todos los delincuentes van a decir que no entienden la norma penal y que eso sí va a producir inseguridad jurídica, que además es imposible conocer el contenido de las leyes penales. Sin embargo, es difícil que suceda en la práctica, siempre hay una conciencia de antijuridicidad.

Ahora bien, es importante dar lineamientos para determinar cuándo una ley incumple con el *mandato de certeza*. Al respecto José Ángel Fernández Cruz, esgrime con razón que:

¹²¹ GOMES, Luis Flávio, "El Principio de Legalidad y sus Garantías Mínimas: Una contribución al estudio de la Garantía de la "Lex Populi"", Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001 p.1036-7; José Juan Moreso dice que las leyes penales sean precisas, que estén sometidas al principio de taxatividad, es una parte del ideal ilustrado de certeza del derecho. Sólo leyes claras, precisas y cognoscibles por sus destinatarios permiten a los seres humanos elegir y trazar sus planes de vida con garantías. Si nos preguntamos porqué es valioso que las personas elijan y ejecuten sus propios planes de vida, la respuesta sólo puede ser porque ésta es una forma de mostrar respeto por su *autonomía personal*; "Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad) ", *Doxa*, núm. 24 (2001), p.532.

«4.º Finalmente, el contenido del mandato de certeza variará conforme al grado de dinamismo y evolución del bien jurídico protegido, pero en todo caso deberá tener como punto de partida el acogimiento por parte de los tipos penales del núcleo esencial de prohibición. Este núcleo esencial, a nuestro entender, deberá recoger inexcusablemente:

-La conducta delictiva.

-El bien jurídico protegido y la gravedad de su lesión o puesta en peligro, salvaguardando, en caso de remisiones normativas, la diferenciación con los ilícitos administrativos.

-La determinación del sujeto activo, y en el caso en que sea necesario la tipificación de un delito especial que exprese legalmente el círculo objetivo limitado de autores. En este aspecto, la regulación de la autoría en los casos de actuación en nombre de otro y de la participación, el legislador debe lo

- El elemento de culpabilidad, que en ningún caso deberá dejar dudas sobre la prohibición de responsabilidad objetiva en materia penal.

- Las consecuencias jurídicas derivadas del delito».¹²²

Es decir el legislador al describir el tipo penal debe dejar sentado la finalidad de la norma y el objeto de protección de la misma, brindando las pautas esenciales de valoración para una interpretación teniendo en cuenta las variadas circunstancias y hechos de la vida sin que se pueda tildar a la ley de oscura, ambigua o arbitraria.¹²³

¹²² FERNANDEZ CRUZ, *op. cit.*; De igual modo Urquizo Olaechea dice que el legislador en la descripción del objeto de prohibición debe optar por un lenguaje sencillo, el más accesible al entendimiento de los ciudadanos con el fin de motivarlos convenientemente para que puedan ajustar su comportamientos a los objetivos de las normas jurídicas”, *op. cit.* p.1339 Asimismo esgrimió que no existen reglas sobre técnica legislativa que nos lleven exitosamente a decir que las normas penales cumplan con todos los requerimientos de precisión y claridad idóneos para motivar a los ciudadanos., *op. cit.* p.1345; Günther JAKOBS comenta que al determinar el comportamiento delictivo, la ley procede de acuerdo con la regla, ya mencionada, de describir con menor precisión los elementos generales del delito que los de cada delito individual en el sentido de la Parte Especial. Casi todos los presupuestos generales de imputación –la imputación objetiva, incluidos los presupuestos generales de la omisión impropia, del dolo y de la imprudencia, de la justificación (en parte), de la participación, de la culpabilidad (en parte), de la tentativa (en parte) y diversos ámbitos del error; *op. cit.*, p.90.

¹²³ URQUIZO OLAECHEA, *op. cit.*

Para comprender bien la distinción podemos pensar en el caso hipotético de que una ley penal estuviera redactada en un *lenguaje doctrinal* y tomando en consideración que los aplicadores de la ley penal son peritos en Derecho, podría concluirse que la norma penal no va a generar arbitrariedades, que aquellos errores en que llegaren a incurrir los jueces, serían susceptibles de *control jurisdiccional* por medio de los diferentes recursos jurídicos, de esta manera la Judicatura analizaría caso por caso si la actuación estatal se adecuó a la ley. Es más, si me permiten exagerar un poco, pensemos que la autoridad estableciera como requisito el dominio del latín para poder ejercer la profesión de abogado, por lo que tanto jueces como litigantes estarían en posibilidad de *comunicarse* adecuadamente. Ahora supongamos que las leyes penales se publicaran también en esa lengua muerta. Como se puede advertir la función de la autoridad estaría controlada y podría ser objeto de vigilancia jurídico, incluso podría desarrollarse una jurisprudencia de una gran técnica, en cambio, el ciudadano común no podría motivarse con la normatividad, ni siquiera la conocería.

Ahora bien, el inciso B, fracción VIII, del artículo 15 del Código Penal Federal establece que:

«Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código».

Es decir, si se tiene un error respecto a la ilicitud de la conducta, no se comete el delito, siempre y cuando ese error sea invencible. Esa figura ha sido aplicada por la Suprema Corte,¹²⁴ por ejemplo, ha esgrimido que «Cuando las declaraciones

¹²⁴ SJF, 7, (TA), p. 28, Febrero de 1987, SJF, 7, (TA), p. 28, Febrero de 1987, SJF, 7, (TA), p. 21, Octubre de 1986, SJF, 205-216 Segunda Parte. 7, (J), p. 59, SJF, 193-198 Segunda Parte, 7, (J),

del acusado revelan que éste tenía noción de que el proceder por el cual fue juzgado era ilícito no puede considerarse que aquella actividad la hubiese realizado bajo una situación de error o ignorancia...». ¹²⁵ «lo hacían observando el cuidado requerido para no ser sorprendidos en la actividad que sabían delictuosa», ¹²⁶ «reconoció, además, que al encontrar la marihuana afecta, la escondió fuera de su domicilio, en espera de poder venderla, lo cual significa que no ignoraba la existencia de la ley penal que sanciona la posesión de estupefacientes», ¹²⁷ el inculpado conocía perfectamente bien que la conducta que estaba desplegando era delictuosa, si su proceder no fue público, sino oculto, y siempre supo que sembraba y cultivaba marihuana, bien sea, según su primera versión, para ‘venderla a los viciosos’, o bien, en su segunda versión, para usarla personalmente. ¹²⁸

Cabe destacar que el Alto Tribunal ha resuelto pocos asuntos relacionados con el error de prohibición, pero no cabe duda que la falta de claridad de una ley puede *conducir* un error de esta naturaleza, incluso sería preferible organizar la defensa desde esta perspectiva porque es difícil que la Suprema Corte declare inconstitucional algún delito por esa cuestión.

Ahora bien, desde mi perspectiva la *descripción legal* del artículo 191 del Código Penal Federal contraviene el mandato de determinación en la configuración de los tipos penales, toda vez que no tiene un margen razonable de certeza acerca de la prohibición contenida en la norma penal.

No desconozco que el derecho penal opera necesariamente con una importante cantidad de conceptos vagos, con razón establece Roxin que por lo general se admite que el legislador no puede renunciar por completo a dichos conceptos

p. 24, SJF, 193-198 Segunda Parte, 7, (J), p. 25, SJF, 193-198 Segunda Parte, 7, (J), p. 25, SJF, 193-198 Segunda Parte, 7, (J), p. 26, SJF, 193-198 Segunda Parte, 7, (J), p. 27, SJF, 187-192 Segunda Parte, 7, (J), p. 29, SJF, 139-144 Segunda Parte, 7, (J), p. 63, SJF, 139-144 Segunda Parte, 7, (J), p. 88, Informe 1985, Parte II, 7, (J), p. 29.

¹²⁵ SJF, 7, (TA), p. 28, Febrero de 1987.

¹²⁶ SJF, 193-198 Segunda Parte, 7, (J), p. 25.

¹²⁷ SJF, 193-198 Segunda Parte, 7, (J), p. 25.

¹²⁸ SJF, 193-198 Segunda Parte, 7, (J), p. 26

valorativos en forma de cláusulas generales, porque los mismos hacen posible una resolución justa al caso individual. Si las leyes sólo pudieran contener conceptos descriptivos y no valorativos, entonces, o bien tendrían que ser infinitamente largas o que presentar tal rigidez en su aplicación que podrían producirse resultados desafortunados a efectos politicocriminales».¹²⁹

Incluso, Roxin ha dicho que los requisitos de determinación que se deben cumplir se cumplen en el tipo de «injurias» puesto que una manifestación de desprecio sólo logrará su fin si la misma es también entendida como tal».¹³⁰ Comparto los puntos de vista del maestro Roxin, en el sentido de que es difícil describir mediante formulaciones menos valorativas fenómenos como el de las injurias, sin embargo, en el caso de la bandera, el problema radica en determinar qué se entiende por «injurias a la bandera» y no nada más injurias, toda vez que este concepto se ha desarrollado respecto a la persona y no en relación con objetos, como es la bandera. En suma, ¿quién es el ofendido?

Recientemente, la Primera Sala emitió el siguiente criterio:

«VERTER ESPECIES QUE PUEDAN CAUSAR TIBIEZA O DESAGRADO EN EL SERVICIO. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 407, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. *El delito contra el honor militar, en su modalidad de "verter especies que puedan causar tibieza o desagrado en el servicio", del cual sólo pueden ser sujetos activos aquellos militares que ostenten el grado de Oficial de las Fuerzas Armadas, no violenta el principio de legalidad penal en su vertiente de taxatividad, ya que el grado, jerarquía, experiencia e instrucción con el que cuenta un Oficial de las Fuerzas Armadas, le permiten el suficiente conocimiento de los usos, costumbres y legislación castrense a fin de que le resulten comprensibles, con la suficiente claridad y precisión, los vocablos empleados en dicho numeral. En este sentido, de conformidad con los artículos 3 bis y 8, de la Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, así como de*

¹²⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General* T.1, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1997, p.172.

¹³⁰ ROXIN, op. cit. p.172.

los artículos 10, 11, 42, 82 y 87, del Reglamento General de Deberes Militares, es posible derivar que la legislación militar establece una pauta de conducta consistente en que los militares deberán abstenerse de manifestar cualquier idea o reproche que, por sí mismo, pueda provocar la perturbación del orden, las dudas o el relajamiento de la disciplina. Esta pauta de conducta, por las razones anteriormente descritas, es fácilmente comprensible para un Oficial de las Fuerzas Armadas, por lo que los términos utilizados en la norma penal que reprocha la violación a esta pauta de conducta, también lo son. **Primera Sala. Amparo en revisión 448/2010**. 13 de julio de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González».

En dicho amparo se estableció lo siguiente:

«El artículo 14 de la Constitución consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata. Esta garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal deriva del principio de legalidad en materia penal, *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, traducible como que no puede haber delito sin pena, ni pena sin ley. Además, la ley penal debe ser previa, cierta, estricta y concreta para el hecho de que se trate. Dicho principio está recogido en nuestra Constitución con el objeto de dar seguridad jurídica a los gobernados y evitar arbitrariedades gubernamentales. Como esta Primera Sala ha reiterado recientemente en el amparo directo en revisión 2334/2009, de conformidad con tal principio, no puede considerarse como delito un hecho que no esté señalado por la ley como tal y, por tanto, tampoco es susceptible de acarrear la imposición de una pena. Así también, para todo hecho catalogado como delito, la ley debe prever expresamente la pena que le corresponda, en caso de su consumación. Es con el propósito de que se respete esta garantía constitucional, que se proscribe la imposición de penas por analogía y por mayoría de razón y, asimismo, se impone la obligación de tipificar de manera previa las conductas o hechos que se reputen como antijurídicas y sus correspondientes penas.

Respecto a la garantía de exacta aplicación de la ley penal, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que ésta no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensiva al creador de la norma¹³¹. En ese orden, al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable y de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado.

De lo anterior deriva la importancia que la dogmática jurídico-penal asigna al elemento del delito llamado tipicidad, entendido como la constatación plena del encuadramiento exacto entre los componentes de una hipótesis delictiva descrita en la ley -el tipo- y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo fáctico. La tipicidad es un presupuesto indispensable del acreditamiento del injusto penal, y constituye la base fundamental del principio de legalidad que rige, con todas sus derivaciones, como pilar de un sistema de derecho penal en un estado democrático de derecho.

Para determinar la tipicidad de la conducta estudiada, podemos encontrar como derivación del principio de legalidad el de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, para garantizar el principio de plenitud hermética en cuanto a la prohibición de analogía o mayoría de razón en la aplicación de la ley penal, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que la conducta objeto de prohibición pueda ser conocida por el destinatario de la norma. Los textos que contengan normas sancionadoras deben describir claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quienes las realicen. En definitiva, y como también lo ha señalado la doctrina, el principio de taxatividad no es otra cosa que la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en

¹³¹ Jurisprudencia 1a./J. 10/2006, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXIII, de marzo de 2006, página 84, que lleva por rubro: "EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR."

ellas, y su finalidad es preservar los principios penales de certeza jurídica e imparcialidad en la aplicación de la norma¹³².

Sin embargo, como ya lo ha señalado esta Suprema Corte, lo anterior no implica que para salvaguardar el principio de exacta aplicación de la pena el legislador deba definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal, toda vez que ello tomaría imposible la función legislativa¹³³.

Asimismo, a juicio de esta Primera Sala, es necesario señalar que en la aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas así como sus posibles destinatarios. Es decir, la legislación debe ser precisa para quienes potencialmente pueden verse sujetos a ella. En este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión, siempre y cuando los destinatarios de la norma tengan un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento¹³⁴.

El principio de taxatividad no exige que en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos, específicamente tratándose de aquellos respecto a los cuales no pueden ser sujetos activos ya que están dirigidos a cierto sector cuyas pautas de conductas son muy específicas, como en el caso que nos ocupa, es el Ejército.

En este mismo sentido se han pronunciado diversos tribunales constitucionales. Así, en una sentencia pionera a nivel mundial, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el caso *Parker v. Levy* de 1974, estableció que para la interpretación de los delitos del orden militar es posible acudir a los usos y costumbres de las Fuerzas Armadas a fin de dar significado al lenguaje de la legislación castrense. La Suprema Corte estadounidense, reconociendo que las

¹³² Véase al respecto, el estudio de Víctor Ferrares Comella. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, Civitas, Madrid, 2002, p. 21 y ss.

¹³³ En este sentido se pronunció esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en la jurisprudencia 83/2004, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XX, de octubre de dos mil cuatro, página 170, cuyo rubro es: "LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR EXCLUSIVAMENTE DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES UTILIZADOS POR EL LEGISLADOR".

¹³⁴ En un sentido similar ya se ha pronunciado esta Primera Sala en la jurisprudencia 1/2006, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXIII, de febrero de dos mil seis, página 537, cuyo rubro es: "LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO DEPENDE DE QUE ESTABLEZCAN CONCEPTOS INDETERMINADOS".

organizaciones militares son, por necesidad, una sociedad especializada, ha señalado que el código penal militar no puede equipararse a un código penal ordinario, ya que regula aspectos y conductas de los militares que en la vida civil son reguladas de otra forma y, en la mayoría de los casos, no son prohibidas. Así, en el caso concreto –que versaba sobre la posible violación al principio de taxatividad de los términos “comportamiento indebido de un oficial y de un caballero” y “buen orden y disciplina”- sostuvo la constitucionalidad de la norma al determinar que estos términos no eran ambiguos en la vida militar ordinaria¹³⁵.

¹³⁵ Véase *Parker v. Levy* 417 U.S. 733 (1974) (La traducción es nuestra). Los antecedentes del caso fueron los siguientes: El médico Howard Levy era Capitán del Ejército estadounidense en el Fuerte Jackson, en South Carolina. Desde el día en que se enlistó en el ejército, hasta el día en que fue juzgado por la corte marcial, fue comisionado como Jefe del Servicio Dermatológico del Ejército de los Estados Unidos en Jackson. El 2 de junio de 1967, una corte marcial lo declaró culpable por la violación de los artículos 90, 133 y 134 del *Uniform Code of Military Justice*; asimismo, fue destituido de su empleo sin derecho a percibir salario y prestaciones y confinado a tres años de trabajos forzados. Los hechos por los que el Capitán fue condenado no fueron refutados. El hospital en el que el médico militar servía tenía la función de entrenar a los miembros de las fuerzas especiales y él, como Jefe del Servicio Dermatológico, tenía la labor de conducir una clínica para dichos miembros. En el verano de 1966 una investigación concluyó que Levy había sido negligente en el entrenamiento de las fuerzas especiales y, en consecuencia, su superior lo reprendió para que cambiara su actitud. Al leer la orden, el médico militar dijo que la entendía, pero que no la obedecería fundamentando su posición en la ética médica. Levy persistió en su negativa de obedecer la orden y en investigaciones posteriores sus superiores se percataron que la orden superior aún no era acatada.

Durante ese periodo de tiempo el médico militar manifestó públicamente al resto del personal militar, ciertas afirmaciones como las siguientes:

- “los Estados Unidos hacen mal en involucrarse en la guerra de Vietnam y yo me rehusaría a ir a Vietnam aún cuando me lo ordenasen.”
- “no veo por qué los soldados negros van a Vietnam, deberían rehusarse y si son enviados deberían rehusarse a pelear porque son discriminados y les niegan su libertad en los Estados Unidos, y están siendo sacrificados y discriminados en Vietnam, ya que les asignan todas las labores arriesgadas, por eso son los que más mueren.”
- “si yo fuera un soldado negro me negaría a ir a Vietnam a pelear.”
- “los miembros de las fuerzas especiales son mentirosos, ladrones y asesinos de campesinos, mujeres y niños.”

Los superiores del médico militar alegaban que éste había violado el artículo 90 del *Uniform Code of Military Justice*, porque dolosamente había desobedecido la orden escrita del comandante del hospital consistente en establecer el programa de entrenamiento. Asimismo, alegaron que el médico militar había violado los artículos 133 y 134 del mismo ordenamiento castrense al emitir sus opiniones. El artículo 133 prevé la sanción para el caso de comportamiento indebido de un oficial y de un caballero, mientras que, el artículo 134 prohíbe, inter alia, todo desorden y descuido en perjuicio del buen orden y disciplina en las fuerzas armadas. Se alegó, con fundamento en el artículo 134, que el médico militar promovió deslealtad y desagrado entre la tropa, ya que manifestó críticas públicamente en diversas ocasiones y a diversos miembros de la milicia. De igual forma, se alegó que dichos actos fueron realizados mientras el militar se encontraba en servicio, es decir, desempeñando sus labores en el hospital militar y se la acusó de manifestarse errónea y deshonrosamente, e inclusive se le ha calificado por sus manifestaciones vertidas como inclemente, difamatorio, provocador, desleal, despectivo e irrespetuoso del personal de las fuerzas especiales y del personal internado en el hospital bajo su cuidado.

El médico militar fue condenado por un tribunal militar y su condena fue confirmada en apelación. Después de agotar esta vía acudió al habeas corpus federal con la finalidad de revertir su condena.

*Una línea argumentativa similar sostuvo el Tribunal Constitucional español en la sentencia 151/1997, al señalar que la introducción en la ley de conceptos indeterminados como el de honor militar no resulta violatorio del principio de legalidad en su vertiente de taxatividad¹³⁶. Fuera del contexto castrense, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha remitido al consenso del grupo profesional en cuestión con la finalidad de contextualizar el principio de taxatividad, como en el caso de los farmacéuticos (caso *Cantoni v. Francia*¹³⁷) o de la magistratura (caso *N.F. v. Italia*¹³⁸), en los que se determinó que los términos técnicos utilizados por la legislación no violentaban el principio de taxatividad.*

En definitiva, el análisis de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, en su vertiente de taxatividad, y en casos como el que nos ocupa, debe tener como punto de partida el contexto de la norma, así como su destinatario».

En el Amparo Directo en Revisión 2334/2009, se determinó lo siguiente:

«Asimismo, de las premisas anteriores, es posible derivar un subprincipio denominado de taxatividad, o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley, conforme al cual, la descripción típica no debe ser vaga, imprecisa, abierta o sumamente amplia, a grado tal, que se permita la arbitrariedad en su aplicación.

La exactitud que ha de revestir toda descripción típica se explica a su vez, por el carácter disuasorio que asiste a la pena, consistente en que las normas penales deben cumplir con una función de “prevención general”, esto es, explicitar un mandato concreto hacia los gobernados, lo que hace imprescindible su claridad y precisión, puesto que sólo es posible evitar una conducta prohibida normativamente, si se conoce con absoluta certeza.

El juez federal, negó el habeas corpus y sostuvo que varios de los artículos del *Uniform Code of Military Justice* no eran inconstitucionales a causa de su ambigüedad; asimismo, sostuvo que los tribunales militares habían resuelto correctamente y que el papel de las cortes federales al revisar a los tribunales militares era muy limitado.

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español 151/1997 (FJ. 3º), de 29 de septiembre de 1997.

¹³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Cantoni v. Francia*, 45/1995/551/637, sentencia del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y seis.

¹³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso N.F. v. Italia*, solicitud 37119/97, sentencia del doce de diciembre de dos mil uno.

Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que el objeto concreto de la prohibición, pueda ser conocido sin problemas por el destinatario de la norma.

En ese orden, es indispensable que los gobernados, como destinatarios de la norma punitiva, tengan pleno conocimiento de qué conductas –acciones u omisiones- actualizan un tipo penal, así como la pena a imponer.

De ese modo, el legislador debe evitar el uso de conceptos indeterminados e imprecisos, que generen un estado de incertidumbre jurídica en el gobernado y una actuación arbitraria del intérprete de la norma.

De no describirse en forma exacta la conducta reprochable en el tipo penal se corre un doble riesgo: que se sancione a los gobernados por conductas que no estando integradas en el tipo de manera expresa, el órgano jurisdiccional las ubique en el mismo; o bien, que estando integradas en el tipo penal; como consecuencia de su ambigüedad el órgano jurisdiccional no las encuadre como tales.

Es por ello que, al describir las conductas punibles, el legislador debe hacerlo con la delimitación necesaria para englobar en ella todos los comportamientos que atenten contra un bien jurídico relevante para la sociedad.

En el ejercicio jurisdiccional que ha realizado esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se han clasificado los vicios o inconsistencias que evidencian que una determinada norma punitiva transgrede el principio de exacta aplicación de la ley penal a partir de dos rubros fundamentales: ambigüedad terminológica y vaguedad conceptual.

Una palabra es ambigua, cuando tiene más de un significado; es decir, cuando su sentido no es unívoco y puede evocar dos ideas o conceptos claramente diferenciados.

En cambio, la vaguedad conceptual no pone en riesgo la confusión de dos ideas o conceptos, sino que en sí misma, implica la indefinición o falta de descripción de una cosa, a tal grado, que puede ocasionar la imposibilidad para su identificación o la tergiversación en su sentido.

Los conceptos tienen dos dimensiones: la denotación o extensión que es el campo de aplicación del concepto y la connotación o intención, que es el conjunto de características de un concepto.

La consecuencia nociva que produce la actualización de estos vicios, consiste en que se deja en estado de indefensión al gobernado, que queda ante la

incertidumbre de qué conductas debe tomar para evitar la conducta normativamente prohibida».

En otro asunto determinó:

«DELITOS CONTRA EL AMBIENTE Y LA GESTIÓN AMBIENTAL. EL ARTÍCULO 420, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. El artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En este sentido, el artículo 420, fracción IV, del Código Penal Federal, al prever una pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días de multa, a quien ilícitamente realice cualquier actividad con fines de tráfico o capture, posea, transporte, acopie, introduzca al país o extraiga de él algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, no viola el citado principio constitucional, toda vez que la formulación normativa que contiene el término "en veda", como predicado de las especies protegidas, no puede generar indeterminación, pues no se advierte algún problema de ambigüedad terminológica ni de vaguedad conceptual, que genere inseguridad jurídica en el destinatario de la norma; además, el hecho de que para su aplicación la ley utilice el elemento normativo de valoración cultural "veda", interpretado con la ayuda de criterios ofrecidos por disciplinas no penales, no impide que sus destinatarios entiendan perfectamente que dicho elemento se refiere indefectiblemente a la prohibición de realizar cualquier actividad que afecte a ciertas especies, lo que no hace que el tipo sea impreciso o indeterminado, ni lo convierte en transgresor del orden constitucional, pues ello no se hace para integrar el núcleo esencial de la prohibición, sino que la remisión deriva de la imposibilidad del legislador de establecer cuestiones científicas y tecnológicas que escapan a toda posibilidad de una regulación jurídica. **Primera Sala. Amparo en revisión 455/2011.** 29 de junio de 2011. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez. **Amparo en revisión 500/2012.** 26 de septiembre

de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez».

CAPÍTULO II.

ARTE POLITICO Y LIBERTAD DE EXPRESION

2.1. El arte político. Es posible que los símbolos nacionales se vean implicados - por medio del arte- en una crítica política o social, -como fue el caso de Heinrich Heine con el poema de «los tejedores silesianos»-, por ello, es interesante reflexionar acerca de la relación entre el arte y la política, aunque sea de forma epidérmica.

El artista cumple un *rol particular* en la sociedad, «traduce su tiempo»,¹³⁹ es un hombre «dotado de una antena o de un receptor más sensible», por ello, dice Elisa Vargaslugo con razón que «El arte es el reflejo de la historia y toda obra de arte es producto de una época, de una ideología, de una religión».¹⁴⁰ Aunque alguna vez el mismísimo Clemente Orozco dijo que «la política no influye en el arte»,¹⁴¹ lo cierto es que el artista no es indiferente «a ninguno de los problemas que atañen a la vida de la humanidad»¹⁴²

Ahora bien, existe la *literatura testimonial* que en palabras de Elena Poniatowska: «hace visible a la sociedad e informa acerca de lo que no sabíamos o de aquello que nos negábamos a saber».¹⁴³

¹³⁹ RODRÍGUEZ LOZANO, Manuel, *Pensamiento y Pintura*, Imprenta Universitaria, 1960, p.112; por ejemplo, el caricaturista Eduardo Guayo Valenzuela dijo que el tema más utilizado es la corrupción política, así como «Toda la serie de tranzas en la política; ahora no sólo se alterna la democracia sino también la corrupción. También siento simpatía por las causas perdidas. Es decir, me importan mucho las necesidades que tienen pocas oportunidades. No sé hasta donde pueda conectarme con ellos porque no son gentes que lean los periódicos... pero ellos son mi fuente de inspiración.» *Milenio*, Opinión, Torreón, 20 de abril, 2006.

¹⁴⁰ En «La investigadora Elisa Vargaslugo exhibe 38 fotografías en el Museo Franz Mayer», *La Jornada*, Sección Cultura, México, 7 de mayo de 2005; Gerardo Unzueta nos brinda un interesante ejemplo «EL 3 de octubre de 1968, los lectores del diario Excélsior, aparte de su interés informativo sobre los dolorosos e indignantes acontecimientos de la tarde-noche anterior, encontraron en el lugar acostumbrado de la caricatura de Abel Quesada un cuadro negro y un título en su parte superior: "¿Por qué?". Era la protesta más elocuente del artista ante los asesinatos cometidos por el gobierno de Díaz Ordaz»; *El Universal*, Sección Opinión, 9 de abril de 2005.

¹⁴¹ En RODRÍGUEZ LOZANO, Manuel, *op. cit.*, 1960, p.113.

¹⁴² *ídem*, p.112.

¹⁴³ «Elena Poniatowska reivindica el papel de la literatura testimonial», *La Jornada*, Sección Cultura, 3 de julio de 2003.

De igual modo los caricaturistas¹⁴⁴ han sido un factor determinante para simplificar algunas de las críticas de la época, es en verdad fascinante revisarlos¹⁴⁵ sobre todo por su ingenio.

Respecto al papel del arte político en la actualidad Ferrari comenta que «El arte político contemporáneo en general se refiere a los excesos del poder, a la discriminación, a la miseria, no hay un arte político a favor del poder. Ni Hitler lo logró».¹⁴⁶

De esta manera la *vida artística* de la sociedad ha cumplido siempre una función de progreso y reflejo de ella misma,¹⁴⁷ por ello, debe resguardarse con cuidado, incluso cuando la obra no tenga un *valor* estético, siempre es valiosa.

En México, de acuerdo con Aranda Luna, «resulta indudable...que a partir de 1968 la presencia de artistas e intelectuales ha sido decisiva en varios aspectos de nuestra vida política».¹⁴⁸

En virtud de lo anterior, no es posible valorar el trabajo de los artistas a través de nuestras –limitadas- concepciones porque el arte tiene su particular manera de apreciarse y evaluarse. En efecto, cuando, por ejemplo, vemos una película de acción, donde seguramente habrá muerte y sangre, incluso podemos hasta *festejar* que el héroe -o el malo- de la película mate a otro, cosa que nosotros no haríamos por ningún motivo en la vida normal, simplemente la apreciamos en la

¹⁴⁴ A propósito de libertades, de acuerdo con Agustín Sánchez el diccionario de caricaturistas en México tiene cinco mujeres, ver *Revista Vértigo*, "Las moneras llegaron ya...", 22 de junio 2003.

¹⁴⁵ Ver CARRASCO PUENTE, Rafael, *La Caricatura en México*, México, Imprenta Universitaria, 1953, en relación con las historietas puede verse AURRECOECHEA Juan Manuel y BARTRA, *Puros Cuentos. La historia de la historieta en México, 1874-1934*, México, Grijalbo, 1993.

¹⁴⁶ *Clarín*, Entrevista: León Ferrari, 18 de diciembre.

¹⁴⁷ Incluso el arte puede llegar a ser crítico o incluso negar la teleología de la vida. Al respecto Bravo Pérez comenta que: En el arte siempre ha estado presente una visión nihilista del mundo, esta postura es una negación, un rechazo a lo que sucede, un reclamo que pretende demostrar que el mundo es nada. *Arte y política*", *La Jornada*, Sección Cultura, México, 23 de julio de 2003.

¹⁴⁸ "Los intelectuales y el poder", *La Jornada*, Sección Cultura, 19 de abril de 2006.

justa dimensión que tienen. Puede ser que algún *exagerado* diga que constituye la apología de un delito.¹⁴⁹

Por otro lado, se encuentra la *poesía de compromiso*, que Robert Pring-Mill explica de la siguiente manera:

*«Para mí esta expresión abarca toda aquella poesía que no sólo refleja sino que propugna una determinada ideología (cualquiera que sea), o algún sistema de valores referente a las relaciones entre el hombre y su mundo –entre el individuo y sus semejantes- tanto si lo hace para reforzar el «modelo» dominante como si lo hace con miras a alguna modificación de la «realidad circundante» de la sociedad, o del statu quo. En ella cabrían tanto la Eneida de Virgilio (de compromiso imperialista) como el Canto general de Neruda (antiimperialista a más no poder) y tanto los poemas que propugnan el catolicismo contrarreformante del Siglo de Oro como aquéllos que analizan el mundo actual a la luz del marxismo, con miras a una reestructuración más justa de la sociedad».*¹⁵⁰

¹⁴⁹ El artículo 109 del Código Penal Federal regula: «Al que provoque públicamente a cometer un delito o haga apología de este o de algún vicio, se le aplicarán de diez a ciento ochenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad, si el delito no se ejecutare; en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido».

¹⁵⁰ En “La toma de conciencia en la poesía de compromiso hispanoamericana”, *Actas del X Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas*, V.I, Barcelona, 1989, p.35; Luis Cárcamo-Huechante y José Antonio Mazzotti comentan que la «poesía de compromiso» fue “...de enorme vigor en las décadas a que hacemos referencia. A fines de los 70 y principios del 80, un referente emblemático de esta tradición lo constituiría *Poesía trunca*, antología editada por Mario Benedetti y publicada por primera vez en La Habana, Cuba, en 1977. Al reeditarse en España por Visor (en 1979 y en 1980) y circular en Latinoamérica, obviamente su contexto de resonancia era el clima político y social creado por el auge sandinista en Nicaragua y la experiencia de resistencia a las dictaduras militares en el Cono Sur. En un cauce similar, aunque con menor impacto, cabría mencionar las antologías *La novísima poesía latinoamericana* (1980), por Jorge Boccanera, y *Poesía rebelde en Latinoamérica* (1978), por el mismo Boccanera en colaboración con Saúl Iburgoyen Islas. A manera de complemento crítico sobre este período, y para un panorama general sobre la poética coloquial hispanoamericana, ver el libro de Alemany Bay” en “Dislocamientos de la poesía latinoamericana en la escena global”, *Revista de Crítica Literatura Latinoamericana*, Año XXIX, Nº 58. Lima-Hanover, 2do. Semestre de 2003, p.24.

Esta literatura de protesta es «combativa, agresiva, destructiva si se quiere — destructiva de lo que se quiere eliminar— pero siempre con miras a cambiar lo intolerable en algo mejor».¹⁵¹

Cabe señalar que el propio Sergio Hernán Witz Rodríguez se refirió a la poesía de compromiso —tal como se esgrime en la sentencia de la Primera Sala— en el escrito de fecha cinco de noviembre de dos mil uno, ratificado ministerialmente, en el cual expresó que *«no existía delito que perseguir porque, en primer lugar, lo amparaba la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que permite la libre expresión de ideas; en segundo lugar, el poema ‘Invitación (La patria entre mierda)’ no podía considerarse delito, pues su estilo o forma personal de escribir sobre un tema está basado en un lenguaje real, cotidiano, crudo, escatológico, el cual en ocasiones se puede interpretar por algunas personas que no conocen la teoría o el desarrollo actual de la literatura, como obras ofensivas por el tema o los términos utilizados; en tercer plano, añadió que en nuestro país existen muchos ejemplos de poemas como el de su autoría, los cuales son conocidos como poesía de compromiso o crítica social, presentando dos textos, el primero de Jaime Sabines, titulado «Diario Oficial» y el segundo de nombre «Alta Traición» de José Emilio Pacheco, y concluyó apuntando que su intención al escribir el poema en ningún momento fue de ofender o ultrajar a la bandera ya que como mexicano está orgulloso de ella así como por lo que representa para la historia, sólo que un escritor puede utilizar diferentes estilos al hacer una obra literaria, para lo cual anexó un poema sobre los símbolos patrios en donde emplea un lenguaje diferente, aclarando que toda obra literaria es polisémica, pues tiene muchos y diversos significados según el tiempo y la época en que se escribe»*.¹⁵²

Los poemas a que alude Hernán Witz son los siguientes:

Alta Traición José Emilio Pacheco

¹⁵¹ PRING-MILL, Robert, *op. cit.*, p.41; Por ejemplo, Eleanor Wright escribió un libro denominado *The Poetry of Protest under Franco*, relativo a los poemas de protesta durante la dictadura de Franco.

¹⁵² Fojas 44 y 45 del Amparo en Revisión 2676/2003.

No amo mi patria.
Su fulgor abstracto
es inasible.
Pero (aunque suene mal)
daría la vida
por diez lugares suyos,
cierta gente,
puertos, bosques de pinos,
fortalezas,
una ciudad deshecha,
gris, monstruosa,
varias figuras de su historia,
montañas
y tres o cuatro ríos.

Diario Oficial Jaime Sabines

(Marzo de 70)

Por decreto presidencial: el pueblo no existe
El pueblo es útil para hablar en banquetes:
“Brindo por el pueblo de México”,
“Brindo por el pueblo de Estados Unidos”.
También sirve el pueblo para otros menesteres literarios:
escribir el cuento de la democracia,
publicar la revista de la revolución, hacer la crónica de los grandes ideales
El pueblo es una entidad pluscuamperfecta
generosamente abstracta e infinita.
Sirve también para que jóvenes idiotas
aumenten el área de los panteones
o embaracen las cárceles
o aprendan a ser ricos.
Lo mejor de todo lo ha dicho un señor Ministro:
“Con el pueblo me limpio el culo”
He aquí lo máximo que puede llegar a ser el pueblo:
un rollo de papel higiénico
para escribir la historia contemporánea con las uñas.

La censura a los artistas por parte de los políticos, presionados por diversos grupos de presión o tensión o factores reales de poder, no es nueva, ni terminará, el hombre tiene necesidad de ocultar a los demás sus deseos más ocultos, queremos hacer partícipes a los demás de nuestras creencias, aunque no creamos mucho en ellas.

La tarea del artista, en definitiva, debe realizarse en un marco de libertad, respecto a lo cual Ramos comenta que «No hay para qué repetir que sin espontaneidad y libertad toda creación artística es imposible, como lo es en general la manifestación de los altos valores del espíritu»¹⁵³, por ello, la censura¹⁵⁴ constituye una grave imposición al corazón a la conciencia plástica de la sociedad, que es el artista. Acierta Honor Arundel cuando dice que:

*«Es imposible para el artista buscar honrada y concienzudamente la verdad con el temor de que si lo consigue será perseguido. Es más, los intermediarios del arte, publicistas, editores, empresarios teatrales, comites culturales, etc., quedan paralizados igualmente por este temor...».*¹⁵⁵

La censura tiene sus vaivenes en la historia, incluso Rafael Barajas, *El Fisgón* «...en 1871 la prensa era más libre que en 1971».¹⁵⁶

Ahora bien, la censura alcanzó a de los más distinguidos pintores mexicanos, Diego Rivera, los murales en el Centro Rockefeller de Nueva York, los cuales fueron destruidos por incluir un retrato de Lenin. Al respecto Carlos Monsiváis comenta que:

¹⁵³ RAMOS, Samuel, *Filosofía de la Vida Artística*, México, Espasa-Calpe Mexicana, 1994, p.64-5.

¹⁵⁴ «La única censura política en este país procede realmente de las autoridades de la radio y televisión; y la ejercen no tanto para censurar lo que la gente expone, sino simplemente para no animar a nadie a aparecer con ideas que puedan semejarse a las subversivas» ARUNDEL, Honor, *La libertad en el arte*, tr. Ángel González Vega, México, Grijalbo, 1967, p.117.

¹⁵⁵ ARUNDEL, Honor, *La libertad en el arte*, tr. Ángel González Vega, México, Grijalbo, 1967, p.125.

¹⁵⁶ «El Fisgón proseguirá su estudio sobre caricatura política, con la beca Guggenheim », *La Jornada, Sección Cultura*, México 28 de junio de 2003.

«En 1934 se le encarga a Diego Rivera un mural en Bellas Artes, y él retoma su proyecto del edificio Rca del Rockefeller Center en Nueva York, que cancela atrozmente el patrocinador Nelson Rockefeller, al localizar en el mural el retrato de Lenin. El mural de Nueva York llevaría el título de *Man at the Crossroads Looking with Hope and High Vision to The Choosing of a New and Better Future*; al reanudarse en México se llama sintéticamente *El hombre en el cruce de caminos*, o como también quiso Rivera, *El hombre contralor del Universo*.

A la sociedad de la época no le parece una contradicción excesiva ver la andanada ideológica y visual de Rivera (un homenaje a la Revolución soviética, una burla despiadada del "aburguesamiento" de la Revolución mexicana, un acto de politización desafiante), alojada en un edificio proveniente de la autocomplacencia de la élite porfiriana y sus esplendores a mediano plazo. Si se me permite la interpretación, más de una década de muralismo le ha enseñado a los conservadores y a los simplemente liberales a no confundir los murales con la realidad».

Finalmente, Calos Monsiváis expresa con toda razón que el siglo XXI será la época en que la censura necesitará disfrazarse para volver a reinar. Por lo pronto, yace en ruinas. Antes, se prohibía y nadie volvía a enterarse de la suerte de lo prohibido. Hoy, prohibir es hacerle publicidad a lo prohibido.¹⁵⁷

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito:

LIBERTAD DE EXPRESION EN MATERIA DE ARTE Y CULTURA. *Conforme al artículo 6o. constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. Y es evidente que ese derecho constitucionalmente garantizado incluye toda manifestación artística o cultural, ya que el arte y la cultura son una manera de expresar también ideas y dado que, por lo mismo, todo el acervo cultural del ciudadano está protegido por la garantía constitucional. En consecuencia, sería contrario a la libertad constitucional que las autoridades pudieran, por cualquier título, imponer patrones artísticos o culturales a los ciudadanos, como si tuviesen*

¹⁵⁷ "Sexo, pudor y medios", *La Jornada*, Letra S, 7 de septiembre de 2000.

*facultades más altas que la Constitución Federal, para decidir por los gobernados adultos qué clase de arte o de cultura les resulta conveniente asimilar, y como si los ciudadanos adultos no tuvieran el derecho, reconocido y garantizado por la Constitución de elegir ellos mismos qué clase de elementos artísticos o culturales desean asimilar. Y sería absurdo un proteccionismo pseudo nacionalista en estas materias, que impusiera a todo un pueblo la obligación de asimilar determinadas manifestaciones culturales, mediocres o no, sacrificando la garantía constitucional. Por otra parte, la protección a los ingresos pecuniarios de los músicos y ejecutantes nacionales no puede ser un valor tan alto que justifique el sacrificio de la libertad artística y cultural del pueblo mexicano, y la única manera aceptable de que se imponga el arte nacional será el superar su calidad, y el aprovechar las raíces culturales y la idiosincrasia del pueblo, las que pueden ser fomentadas, pero no impuestas, por la autoridad. Una imposición de la autoridad al respecto, a más de violar el derecho constitucional, vendría más bien a propiciar la mediocridad y la adulteración de los valores nacionales, a limitar el espíritu creativo y a reducir las capacidades de los mexicanos de estar al tanto y al nivel de las corrientes artísticas extranjeras. **Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.** Amparo en revisión 487/76. Música a su Servicio, S.A. 18 de enero de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Mario Pérez de León E.*

2.2. Libertad de conciencia y libertad de expresión.

Enrique Heine nos dice que la libertad de prensa no es otra cosa sino la consecuencia de la libertad de pensar, y, por consiguiente, un derecho protestante.¹⁵⁸ Al sentar la tesis de que su doctrina debía ser discutida o rechazada por medio de la Biblia o con argumentos apoyados en la razón. Lutero concedió a la inteligencia humana el derecho a explicarse las Santas Escrituras, y la razón fue considerada como juez supremo en todas las discusiones religiosas. De aquí resultó en Alemania la libertad del espíritu o de pensamiento, como se la

¹⁵⁸ HEINE, Enrique, Alemania, México, UNAM, 1972, p. 31.

quiera llamar. El pensamiento constituyó un derecho y las decisiones de la razón fueron legítimas.¹⁵⁹

Luigi Ferrajoli afirma que históricamente, primero se afirmó la libertad de conciencia, después la libertad de palabra, después la libertad de imprenta.¹⁶⁰

La doble vertiente, individual e institucional, de la libertad de expresión la convierte en un elemento necesario para el desarrollo social, que va más allá de la óptica de un clásico derecho subjetivo para colocarse en el terreno ya citado de la conformación de una opinión pública libre. En ella la «libertad» significa la no injerencia del Estado y lo «público» la posibilidad de acceso de todos. La dimensión institución apunta con más fuerza el elemento democrático de la libertad de expresión.¹⁶¹

Michel Rosenfeld nos dice respecto a las cuatro justificaciones filosóficas principales de la libertad de expresión en los Estados Unidos como la justificación basada en la democracia, la justificación basada en el contrato social, la justificación basada en la búsqueda de la verdad y la justificación basada en la autonomía individual.

- La justificación basada en la democracia se centra en la convicción de que la libertad de expresión desempeña una función indispensable en el proceso de autogobierno democrático.¹⁶²
- La justificación basada en el contrato social es similar en muchos aspectos a la basada en la democracia, pero ambas no tienen necesariamente por qué proteger áreas del discurso equivalentes en alcance. La justificación basada en el contrato social, que en el fondo es de naturaleza procedimental, difiere, en un aspecto importante, de las otras tres.

¹⁵⁹ HEINE, Enrique, *Alemania*, México, UNAM, 1972, p. 30.

¹⁶⁰ CARBONELL Miguel (comp.) *op.cit.* p 131.

¹⁶¹ *ibídem*, p 113.

¹⁶² *ibídem*, p 238.

- La justificación basada en la búsqueda de la verdad tiene su origen en la filosofía utilitarista de John Stuart Mill. Según Mill, el descubrimiento de la verdad es un proceso que descansa en el juicio y error y que requiere una discusión desinhibida.¹⁶³

- La cuarta justificación de la libertad de expresión, la basada en la autonomía, difiere de las tres precedentes en que es primordialmente una justificación centrada en el individuo, mientras que las otras son sobre todos justificaciones colectivas. La democracia, la paz social y la armonía que se buscan con el contrato social, y la búsqueda de la verdad, son bienes colectivos diseñados para beneficiar a la sociedad como un todo. En contraste con esto, la autonomía individual y el bienestar que produce la propia expresión son siempre, presumiblemente, un beneficio para el individuo en cuestión, sin producir necesariamente en muchos casos ningún bien social. La justificación basada en la autonomía se fundamenta en la convicción de que la autonomía individual y la dignidad exigen la protección de todas las formas de autoexpresión. En tanto en cuanto toda clase de expresiones –comprensibles o no- incluyendo la pornografía, pueden ser el producto de la necesidad de autoexpresión, la libertad de expresión encuentra su más amplio alcance dentro de la justificación basada en la autonomía.¹⁶⁴

2.3. Escenarios de la libertad de expresión.

El ser humano se desarrolla en diferentes roles y en cada uno de ellos conviven una serie de bienes jurídicos, por ello, la libertad de expresión *deberá ser ponderada* con los demás bienes colectivos o particulares, dependiendo del caso concreto. Por ejemplo, en el caso de un militar en activo al estar en servicio tendrá limitada su libertad por la disciplina castrense, pero cuando se encuentre en su hogar o en una asociación dicha libertad tendrá otra esfera de interrelación.

¹⁶³ ibídem, p 239.

¹⁶⁴ CARBONELL, Miguel, *op. cit.*, p 241.

De forma complementaria a lo expuesto, Juan Ramón Capella dice que las nociones de «esfera pública» y «esfera privada» también forman parte del vocabulario básico del mito político moderno. El conjunto de las relaciones en que pueden entrar las personas se diferencia como sigue: o bien se trata de relaciones que implican únicamente a los individuos que entran en ellas, y se tratará entonces de relaciones privadas, o más propiamente de «relaciones de la esfera privada», o bien se trata de relaciones que implican al conjunto de la colectividad, y se tratará en este caso de relaciones políticas o de la «esfera pública». Toda relación social ha de encajar en uno de estos ámbitos (o esferas) y *solamente en uno*. Las dos esferas se hallan estrictamente separadas. El poder político, o la «esfera pública» no debe interferirse en ningún ámbito concreto o particular definido como privado: únicamente puede determinar el marco general de las relaciones privadas, su «orden público» por decirlo así. Y, análogamente, lo privado o particular se muestra como extrapolítico, como irrelevante para el ámbito de lo público.¹⁶⁵

2.4.4. Escenario familiar

El hogar debe ser el primer lugar donde los derechos humanos tengan plena eficacia. ¿Afectan o no las injurias al normal desarrollo del menor y la sana convivencia? Lo sabemos, si es una injuria grave es causal de divorcio. Por ejemplo, la Suprema Corte determinó que no es la conducta social de los cónyuges la que se debe juzgar en el examen de las injurias y malos tratos como causal de divorcio. Lo que debe apreciar el juzgador es si verdaderamente, en la intimidad conyugal, existen las expresiones injuriosas y malos tratos que hagan imposible la vida en común de los cónyuges. Por ello, si la esposa logró demostrar que su cónyuge, pese a su educación, cultura, condición social, agradable convivencia en reuniones familiares y participación en eventos artísticos y deportivos, que daba una imagen de benevolencia en su relación conyugal, en su convivencia íntima la hizo objeto de constantes injurias y malos tratos, que revelan

¹⁶⁵ CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 2001, p.110.

al juzgador la imposibilidad de la subsistencia del matrimonio, no cabe sin concluir que fue acertada la decisión de la Sala responsable al declarar operante la causal señalada y disuelto el vínculo matrimonial.

En el hogar o en la familia todos hemos sufrido la censura. Doña Perfecta advirtió:

*«-Cuidado, Pepito; te advierto que si hablas mal de nuestra santa iglesia, perderemos las amistades. Tú sabes mucho y eres un hombre eminente que de todo entiendes; pero si has de descubrir que esa gran fábrica no es la octava maravilla, guárdate en buena hora tu sabiduría y no nos saques de bobos».*¹⁶⁶

Recientemente, al resolver amparo directo 23/2013, a propuesta del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que no es ilícito que un familiar, como en el caso la madre, haya publicado anuncios espectaculares haciendo alusión a que su hijo la encarceló. Ello en virtud de que debe prevalecer el derecho a la información de la madre sobre el derecho al honor del hijo, aquí tercero perjudicado, quien le demandó daño moral por dicha conducta.

Razón por la cual, amparó a la aquí quejosa (que también fue demandada por la colocación de los espectaculares), para el efecto de que la Sala responsable deje insubsistente la sentencia que constituye el acto reclamado, y emita otra en la que determine, siguiendo los lineamientos de la ejecutoria, que no constituyó un hecho ilícito la difusión del contenido de dichos anuncios espectaculares y, en consecuencia, no es procedente la acción de daño moral instaurada por el hijo, aquí tercero perjudicado.

Es de mencionar que en el presente asunto se actualiza una colisión de derechos, como son al honor y a la vida privada, frente a la libertad de expresión y el derecho a la información entre los integrantes de una familia. Colisión que se generó con la demanda por daño moral promovida por el referido tercero perjudicado ante la publicación de diversos anuncios espectaculares donde

¹⁶⁶ PÉREZ GALDÓS, Benito, *Doña Perfecta. Misericordia*, Porrúa, México, 1991, p.18.

aparecía una fotografía de la madre de éste, tras el enrejado de una celda con el siguiente mensaje: ¿Por qué me encarcelaste a mis 83 años?... Tú mamá... ¿Qué sigue?

La Primera Sala al conceder el amparo remarcó que si bien la información difundida no era de interés público, sino que pertenecía al ámbito de la vida privada tanto del demandante como de la quejosa, lo que la Constitución Federal busca impedir es la difusión de la vida privada ajena, más no de la propia.

Así, atendiendo al contexto en que se difundió la información, no debe prevalecer el derecho del tercero perjudicado de proteger su reputación, a través de impedir la difusión de hechos por él realizados, frente al derecho de la persona afectada de difundir los hechos que le han afectado.

Cabe referir que en la misma sesión se sobreseyeron los amparos directos 24 y 25, ambos de 2013, promovidos por dos hermanas de la aquí quejosa y tercero perjudicado, ya que combatían una condena que quedó insubsistente con la resolución del presente amparo.

Finalmente cabe señalar que respecto a los niños es relevante la Ley Para La Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece lo siguiente:

«Artículo 11. Son obligaciones de madres, padres y de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes:

A. Proporcionarles una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación, así como el pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.

Para los efectos de este precepto, la alimentación comprende esencialmente la satisfacción de las necesidades de comida, habitación, educación, vestido, asistencia en caso de enfermedad y recreación.

B. Protegerlos contra toda forma de maltrato, prejuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación. Lo anterior implica que la facultad que tienen quienes ejercen

la patria potestad o la custodia de niñas, niños y adolescentes no podrán al ejercerla atentar contra su integridad física o mental ni actuar en menoscabo de su desarrollo.

Las normas dispondrán lo necesario para garantizar el cumplimiento de los deberes antes señalados. En todo caso, se preverán los procedimientos y la asistencia jurídica necesaria para asegurar que ascendientes, padres, tutores y responsables de niñas, niños y adolescentes cumplan con su deber de dar alimentos. Se establecerá en las leyes respectivas la responsabilidad penal para quienes incurran en abandono injustificado.

Las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus respectivas atribuciones, impulsarán la prestación de servicios de guardería, así como auxilio y apoyo a los ascendientes o tutores responsables que trabajen».

2.4.5. Escenario económico.

Este escenario es relevante si consideramos que la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales como uno de los principios fundamentales de nuestro sistema jurídico.

En el **Amparo en Revisión 91/2004**, la Primera Sala resolvió lo siguiente:

«LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA. LAS LIMITACIONES ESTABLECIDAS POR EL LEGISLADOR RELACIONADAS CON LA VERACIDAD Y CLARIDAD DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL SON CONSTITUCIONALES CUANDO INCIDAN EN SU DIMENSIÓN PURAMENTE INFORMATIVA. *La libertad de expresión e imprenta goza de una vertiente pública e institucional que contribuye de manera esencial a la formación y al mantenimiento de una opinión pública libre y bien informada, elemento imprescindible para el buen funcionamiento de la democracia representativa. Desde esta perspectiva, se entiende que las libertades de expresión e imprenta protejan de manera especialmente clara y enérgica el derecho del individuo a expresar sus ideas en materia política, y que otro tipo de discursos expresivos, como el comercial, estén mucho más desconectados de la función que otorga a estos derechos su singular posición dentro del esquema estructural de*

funcionamiento de la democracia representativa. En este sentido, la publicidad puede, en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias, constituir una aportación al debate ciudadano sobre los asuntos públicos, y puede contribuir a difundir y a dar plasticidad a ideas que pueden y deben legítimamente ingresar en el debate público. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el discurso comercial se reduce simplemente a un conjunto de mensajes que proponen a sus receptores la realización de una transacción comercial y, en esa medida, su producción puede ser regulada por el legislador dentro de límites mucho más amplios que si tratara de un caso de ejercicio de la libertad de expresión en materia política. Si bien no puede afirmarse, ex ante y de manera absoluta, que el discurso comercial esté totalmente fuera del ámbito de proyección de la libertad de expresión, en la mayoría de ocasiones el mismo solamente complementa el libre ejercicio de una actividad empresarial, por lo que le son aplicables las limitaciones legales y constitucionales que se proyectan sobre esta última. Esto es así cuando las limitaciones inciden en la dimensión puramente informativa de la publicidad y la relación de la publicidad con el ejercicio de la libertad de imprenta no se da en el caso concreto. El legislador, por tanto, al considerar la publicidad en cuanto mensaje que da información sobre la oferta empresarial puede someterla a los límites de veracidad y claridad exigibles en este ámbito.

Primera Sala. Amparo en revisión 91/2004.

Salvador Novo nos dice que la Publicidad es un arte lleno de recursos, y que no se deja ningunear así como así. Si por angas o por mangas no es lícito o posible pregonar las virtudes curativas de tal o cual medicamento, ni instruir sobre el frasco o la cajita acerca de cómo tomarlo, siempre le será fácil a la publicidad eludir una prohibición que le permite sin embargo ocuparse, en el nombre sagrado de la popularización del conocimiento, del servicio a las masas, de su información, en describir en artículos optimistas y alentadores las maravillas que viene obrando, para asombro del mundo científico y esperanza del mundo doliente, de la droga Fulana.¹⁶⁷

¹⁶⁷ NOVO, Salvador, *Las loca, el sexo y los burdeles*, México, Diana, 1979, p.170.

En materia laboral, la Ley Federal del Trabajo establece algunas limitantes tanto para patrones como para trabajadores, de ahí que el trabajador no pueda alegar libertad de expresión:

Artículo 47.- Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón:

II. Incurrir el trabajador, durante sus labores, en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos en contra del patrón, sus familiares o del personal directivo o administrativo de la empresa o establecimiento, o en contra de clientes y proveedores del patrón, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia;

Artículo 133.- Queda prohibido a los patrones o a sus representantes:

VIII.- Hacer propaganda política o religiosa dentro del establecimiento;

Artículo 135.- Queda prohibido a los trabajadores:

X. Hacer cualquier clase de propaganda en las horas de trabajo, dentro del establecimiento; y

La libertad de expresión está vinculada a otros derechos, tiene un carácter instrumental, por ejemplo, en la prueba de recuento, se asocia la libertad de expresión de los trabajadores y la libertad sindical, al resolver la **Contradicción de Tesis 74/2008-SS**:

RECUENTO PARA DETERMINAR LA TITULARIDAD DEL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 931 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO. LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DEBEN ORDENAR Y GARANTIZAR QUE EN SU DESAHOGO LOS TRABAJADORES EMITAN VOTO PERSONAL, LIBRE, DIRECTO Y SECRETO. Conforme a los principios fundamentales previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales y las leyes secundarias que, de acuerdo con el artículo 133 de la Carta Fundamental, son la Ley Suprema de toda la Unión, así como los principios generales del derecho y de justicia social, aplicables en términos de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo, los trabajadores tienen derecho a expresar su opinión y preferencia para elegir libremente la organización que los represente, protegidos contra todo acto de discriminación. Ahora bien, para cumplir con tales principios la autoridad laboral, como rectora del procedimiento tratándose de los juicios de titularidad del contrato colectivo de trabajo, debe ordenar que el desahogo de la prueba de recuento a

que se refiere el artículo 931 de la Ley citada se lleve a cabo mediante un procedimiento que garantice, en el marco de un sistema democrático de libertad sindical, el voto personal, libre, directo y secreto de los trabajadores, ya que es el momento procesal donde puede comprobarse la voluntad absoluta e irrestricta de cada uno de ellos respecto del sindicato que estiman debe ser el titular y administrador del contrato colectivo de trabajo, de manera que corresponde a las Juntas, tanto del ámbito local como del federal, vigilar que la prueba cumpla su cometido para asegurar la plena libertad de quienes ejercen ese derecho; y para ello, deben proteger la confidencialidad, autenticidad y libertad de su voluntad, evitando influencias externas que puedan hacer variar su decisión y poner en peligro su integridad al ejercer su voto dentro del sistema de vida democrático y de libertad sindical, que es una garantía social íntimamente ligada a las libertades de expresión y asociación, lo que supone que cada persona pueda determinar sin presión, intromisión o suplantación alguna su decisión. Consecuentemente, la Junta de Conciliación y Arbitraje competente para el desahogo de la prueba indicada deberá, según lo que estime pertinente a la luz de las características del caso concreto: 1. Recabar oportunamente un padrón confiable, completo y actualizado de todos los trabajadores que puedan votar, considerando lo dispuesto en las fracciones II, III y IV del referido artículo 931; 2. Asegurarse de que el lugar o lugares en que se celebre el recuento presenten las condiciones físicas y de seguridad mínimas para su desahogo, de manera rápida, ordenada y pacífica; 3. Cerciorarse de que el día de la celebración del mismo se cuente con la documentación y materiales necesarios e idóneos para el desahogo de la votación de forma segura, libre y secreta; 4. Constatar que se prevean con oportunidad los mecanismos para asegurar la identificación plena de los trabajadores que tengan derecho a concurrir al recuento; 5. Verificar que el cómputo final de los votos se haga de manera transparente y pública por la autoridad laboral que conduzca el desahogo de la prueba, con la presencia de los representantes sindicales y empresariales debidamente acreditados; y, 6. Para el caso de que se presenten objeciones, en términos de la fracción V del citado artículo 931, desahogar, previo al recuento y sin dilación alguna, la audiencia a que se refiere dicha fracción. **Segunda Sala. Contradicción de Tesis 74/2008-SS. Tesis de jurisprudencia 150/2008.** Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del primero de octubre de dos mil ocho.

En los Estatutos del Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana, artículo 93, se establece que son causas de suspensión de derechos sindicales de 1 a 6 años:

- Por motivos políticos sindicales, atacar el decoro y prestigio del sindicato de sus funcionarios, socios, y familiares, ya sea de palabra o de obra, así como por riña o agresión a quien la provoque;
- Robo, calumnia o intriga en contra de los socios o sus familiares.

Otra manera de limitar la libertad de expresión consiste en el «respeto», como el caso de Ley de propiedad en condominio para el Estado de Guerrero, a saber:

Artículo 78.- Se entiende por cultura condominal todo aquello que contribuya a generar las acciones y actitudes que permitan, en sana convivencia, el cumplimiento del objetivo del régimen de propiedad en condominio.

Se entiende como elementos necesarios:

*I.- **El respeto y la tolerancia**;*

II.- La responsabilidad y el cumplimiento;

III.- La corresponsabilidad y participación; y

IV.- La solidaridad y aceptación mutua.

2.4.6. Escenario educativo.

De acuerdo a la Constitución, 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, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

Además tiene los siguientes principios:

- Será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa;
- 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.

- Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.
- Será nacional, en cuanto -sin hostilidades ni exclusivismos - atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura.
- Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos.
- Será de calidad, con base en el mejoramiento constante y el máximo logro académico de los educandos.

Ya la Ley General de Educación establece:

Artículo 49.- El proceso educativo se basará en los principios de libertad y responsabilidad que aseguren la armonía de relaciones entre educandos y educadores y promoverá el trabajo en grupo para asegurar la comunicación y el diálogo entre educandos, educadores, padres de familia e instituciones públicas y privadas. De igual manera se fomentará el uso de todos los recursos tecnológicos y didácticos disponibles.

Incluso, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes también regula la libertad de expresión, establece lo siguiente:

Capítulo Décimo Segundo

De la Libertad de Pensamiento y del Derecho a una Cultura Propia

Artículo 36. Niñas, niños y adolescentes gozarán de libertad de pensamiento y conciencia.

Artículo 37. Niñas, niños y adolescentes que pertenezcan a un grupo indígena tienen derecho a disfrutar libremente de su lengua, cultura, usos, costumbres, religión, recursos y formas específicas de organización social.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no debe entenderse como limitativo del ejercicio del derecho a la educación, según lo dispuesto en el artículo 3o. de la Constitución ni de ningún otro protegido por esta ley. De igual manera, las autoridades educativas dispondrán lo necesario para que la enseñanza, al atender a lo establecido en el mismo precepto, no contraríe lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 4o. de esta ley.

Capítulo Décimo Tercero

Del Derecho a Participar

Artículo 38. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión; la cual incluye sus opiniones y a ser informado. Dichas libertades se ejercerán sin más límite que lo previsto por la Constitución.

Artículo 39. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ejercer sus capacidades de opinión, análisis, crítica y de presentar propuestas en todos los ámbitos en los que viven, tratándose de familia, escuela, sociedad o cualquier otro, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y dicte el respeto de los derechos de terceros.

Artículo 40. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la información. En cumplimiento de este derecho se establecerán normas y se diseñarán políticas, a fin de que estén orientados en el ejercicio del derecho a que se refiere el artículo anterior. Asimismo, se pondrá especial énfasis en medidas que los protejan de peligros que puedan afectar su vida, su salud o su desarrollo.

Artículo 41. El derecho a expresar opinión implica que se les tome su parecer respecto de:

A. Los asuntos que los afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernen.

B. Que se escuchen y tomen en cuenta sus opiniones y propuestas respecto a los asuntos de su familia o comunidad.

Artículo 42. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho de reunirse y asociarse. Las leyes deben disponer lo necesario para que puedan ejercerlo sin más límites que los que establece la Constitución.

Los estudiantes han tenido participación en movimientos sociales desde hace mucho tiempo, aunque ahora a cualquier manifestación se les llamen «violentos».

Daniel Cosío Villegas nos dice que:

*Lo de interés es seguir el calendario de los sucesos que comenzaron con el año de 1939: ¿Sería espontánea, genuina, la manifestación estudiantil avilacamachista que desfila por las calles el 2 de enero? Porque el estudiante universitario ha sido siempre carne de cañón electoral, y si alguna diferencia existe entonces acá, es que en los viejos tiempos era más barata y abundante.*¹⁶⁸

Sin embargo, Ignacio M. Altamirano nos cuenta la siguiente anécdota:

«Mientras que esto pasaba, el general D. Juan Álvarez enarbolaba la bandera libertadora de Ayutla, y en Toluca ocurría un incidente que probaba hasta qué punto producían efecto las enseñanzas de Ramírez. Cuando el dictador ordenó aquella especie de plebiscito con el objeto de interrogar a la nación acerca de su continuación en el poder, y que en realidad no fue más que una red para conocer a los descontentos, en Toluca, el jefe militar convocó a todos los ciudadanos a fin de dar su voto. Pues bien, como era de esperarse, el voto de la mayoría fue afirmativo, pero este concierto oficial y arrancado por el miedo se interrumpió con una nota terrible de reprobación. Todos los alumnos grandes del Instituto se presentaron en masa y votaron contra el dictador. La ira que produjo semejante alarde de independencia juvenil fue inmensa. El coronel español Pérez Gómez organizó una serenata con su oficialidad, y fue a gritar al pie de las ventanas del Instituto, esa misma noche: ¡Mueran las ciencias y las artes! Los alumnos votantes fueron expulsados, el colegio no se cerró, pero los pocos alumnos que quedaron sufrieron mil vejaciones. Las obras de Voltaire, de Rousseau, de Diderot y de D'Alembert, que existían completas en la biblioteca, fueron quemadas de orden del director (sic), un clérigo llamado Dávila, y parecieron volver por un momento los tiempos inquisitoriales.

¹⁶⁸ COSÍO VILLEGAS Daniel, *La sucesión presidencial*, Joaquín Mortiz, México, 1975, p.84.

*Entre tanto Ramírez seguía incomunicado y cargado de grillos en la prisión de Tlaltelolco (sic), en compañía de Manuel Alas y de Francisco Cendejas, hasta que, a la fuga del dictador, el pueblo corrió a ponerlos en libertad.*¹⁶⁹

Ya centrados en el tema de nuestra tesis, uno de los temas polémicos han sido los saludos a la bandera:

«TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. ES JUSTIFICADO EL CESE DE UN PROFESOR QUE SE ABSTIENE DE RENDIR HONORES A LA BANDERA NACIONAL Y ENTONAR EL HIMNO NACIONAL. De conformidad con lo dispuesto en los artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 31 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, 1o., 9o., 12, 14, 15, 21, 38, 46, 54 y 55 de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, 1o., 2o. y 3o., del decreto que ordena se rindan honores a la Bandera los días lunes de cada semana en los planteles educativos de enseñanza primaria y secundaria, 2o., 3o., fracción III, y 18, fracciones I, IV, XIV y XX, del Acuerdo que establece la Organización y Funcionamiento de las Escuelas Primarias, 6o. y 8o. del Acuerdo por el que se reafirma y fortalece el culto a los Símbolos Nacionales, y 1o., 25, fracción IV, y 26, fracción VII, del Reglamento de las Condiciones Generales de Trabajo del Personal de la Secretaría de Educación Pública, el profesor de educación primaria tiene la obligación de fomentar en el educando el amor a la patria y la conciencia de la nacionalidad, la independencia y la justicia; de tales disposiciones también se infiere que el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales son símbolos patrios de la República, en cuanto constituyen los elementos fundamentales de identidad de los mexicanos, reconociéndose en ellos un patrimonio cultural común; por tanto, es evidente que el maestro, por su profesión y la calidad de trabajo que desempeña, está obligado a fomentar en sus alumnos la costumbre cívica de rendir honores a la Bandera Nacional y a entonar respetuosamente el Himno Nacional, con la finalidad de fortalecer las raíces históricas y los lazos culturales y sociales que nos unen y nos identifican como Nación. Por ello, el profesor que en los actos cívicos que está obligado a organizar o a participar en su centro de trabajo, se abstiene de rendir honores a la Bandera y de entonar el Himno

¹⁶⁹ RAMIREZ Ignacio, *México en pos de la libertad*, CENPRI, México, 1986, p.46.

*Nacional, incurre en las causas de cese previstas en el artículo 46, fracción V, incisos a) e i), de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, ya que con esa conducta incumple una obligación derivada de la ley y de las condiciones generales de trabajo que rigen su relación laboral, además de que no procede rectamente en las funciones que tiene encomendadas. **Cuarta Sala. Contradicción de tesis 17/94.***

Finalmente, otro factor relevante a la hora de la ponderación de bienes constituye la autonomía universitaria establecida en el artículo 3º constitucional:

VII. Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio. Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere.¹⁷⁰

¹⁷⁰ El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito ha determinado que la autonomía de que goza la Universidad Nacional Autónoma de México significa que queda en libertad de nombrar a sus autoridades, elaborar sus planes y programas dentro de los principios de libertad de cátedra e investigación, así como administrar su patrimonio sin la injerencia del Estado, pero tal albedrío no puede extenderse al grado de suponer que la institución no está sujeta al régimen jurídico del país, es decir, que pueda conducirse con absoluta independencia, ya que ello podría provocar anarquía y arbitrariedad; por lo que si entre la diversidad de actos emitidos por los funcionarios universitarios se encuentran aquellos que reúnen los atributos esenciales del proceder autoritario, como la unilateralidad, imperatividad y coercitividad, que se traducen en la posibilidad de actuar sin el consenso de los particulares y aun en contra de su voluntad imponer sus determinaciones, dichos actos son susceptibles de ser analizados a través del juicio de amparo, y la sentencia que se pronuncie, cualquiera que sea su sentido, dejará intocada la autonomía de la Universidad, ya que obviamente podrá continuar ejerciendo la libertad de autodirigirse, con la única salvedad de que como ente integrante de nuestra sociedad deberá respetar los derechos constitucionales que rigen en nuestro país; consecuentemente, los actos de la Universidad Nacional Autónoma de México que ostentan las cualidades para considerarlos como actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, pueden ser examinados a través de éste, sin perjuicio

2.4.7. Escenario represivo.

En el escenario represivo se encuentran las instituciones del Estado encargadas en mantener el orden público, como son el sistema penitenciario, sistema policiaco y castrense. Es la tarea mínima del Estado.

El artículo 38 de la Constitución establece la suspensión de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos, como lo es durante la extinción de una pena corporal:

«Art. 38.- Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

I.- Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señale la ley;

II.- Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;

III.- Durante la extinción de una pena corporal;

IV.- Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes;

V.- Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y

VI.- Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.

La ley fijará los casos en que se pierden, y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación.¹⁷¹

de la autonomía de que goza tal institución. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Queja 344/96. José Sarukhán Kermez, en su carácter de Presidente del Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México. 12 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: David Delgadillo Guerrero. Secretario: Raúl García Ramos. Queja 324/96. Presidente del Patronato de la Universidad Nacional Autónoma de México. 12 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretario: Francisco Alonso Fernández Barajas. Queja 314/96. Director General de la Escuela Nacional Preparatoria de la Universidad Nacional Autónoma de México. 12 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime C. Ramos Carreón. Secretario: Alejandro Chávez Martínez. Queja 224/96. José Sarukhán Kermez, en su carácter de Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México. 15 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretario: Emilio Hassey Domínguez. Véase: Tesis P.XXVII/97 que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, página 118.

¹⁷¹ Por su parte el artículo 35 del mismo ordenamiento establece: Art. 35.- Son derechos del ciudadano: I.- Votar en las elecciones populares; II.- Poder ser votado para todos los cargos de

Ya en el régimen disciplinario de los Centros Penitenciarios, se establece claramente las reglas a seguir, entre otras, en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal establece:

«Artículo 117. Faltas al régimen disciplinario. Para los efectos de la presente ley se considerarán faltas las siguientes:

VII. Faltar al respeto a las autoridades mediante injurias u otras expresiones;

VIII. Alterar el orden en los dormitorios, talleres, comedores y demás áreas de uso común;

IX. Causar alguna molestia o proferir palabras soeces o injuriosas a los visitantes y personal del Centro Penitenciario;

XII. Instigar a otros internos a no obedecer las reglas y órdenes legítimas de los servidores públicos de (sic) Centro Penitenciario;

elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación; III.- Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; IV.- Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; V.- Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición. VI.- Poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley; VII.- Iniciar leyes, en los términos y con los requisitos que señalen esta Constitución y la Ley del Congreso. El Instituto Federal Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue la ley, y VIII.- Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional, las que se sujetarán a lo siguiente: 1o. Serán convocadas por el Congreso de la Unión a petición de: a) El Presidente de la República; b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión; o c) Los ciudadanos, en un número equivalente, al menos, al dos por ciento de los inscritos en la lista nominal de electores, en los términos que determine la ley. Con excepción de la hipótesis prevista en el inciso c) anterior, la petición deberá ser aprobada por la mayoría de cada Cámara del Congreso de la Unión, 2o. Cuando la participación total corresponda, al menos, al cuarenta por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado será vinculatorio para los poderes Ejecutivo y Legislativo federales y para las autoridades competentes; 3o. No podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución; los principios consagrados en el artículo 40 de la misma; la materia electoral; los ingresos y gastos del Estado; la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá, previo a la convocatoria que realice el Congreso de la Unión, sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta; 4o. El Instituto Federal Electoral tendrá a su cargo, en forma directa, la verificación del requisito establecido en el inciso c) del apartado 1o. de la presente fracción, así como la organización, desarrollo, cómputo y declaración de resultados; 5o. La consulta popular se realizará el mismo día de la jornada electoral federal; 6o. Las resoluciones del Instituto Federal Electoral podrán ser impugnadas en los términos de lo dispuesto en la fracción VI del artículo 41, así como de la fracción III del artículo 99 de esta Constitución; y 7o. Las leyes establecerán lo conducente para hacer efectivo lo dispuesto en la presente fracción.

Artículo 118. Medidas disciplinarias. Queda prohibida toda medida disciplinaria consistente en tratamiento cruel o inhumano, encierro en celda oscura o aislamiento indefinido. Los sentenciados serán corregidos disciplinariamente en los casos y con las medidas que al efecto establezca el Reglamento. Dichas medidas deberán aplicarse con respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas. Los sentenciados sólo podrán ser sancionados conforme a la presente Ley y su respectivo Reglamento, sin que pueda serlo nunca dos veces por la misma infracción.

Las medidas disciplinarias podrán consistir en:

- I. Persuasión o advertencia;*
- II. Amonestación en privado;*
- III. Amonestación ante un grupo;*
- IV. Exclusión temporal de ciertas diversiones;*
- V. Exclusión temporal de actividades de entrenamiento y de práctica de deportes;*
- VI. Cambio de labores;*
- VII. Suspensión de comisiones;*
- VIII. Asignación de labores o servicios no retribuidos;*
- IX. Reubicación de estancia;*
- X. Suspensión de visitas familiares;*
- XI. Suspensión de visitas de amistades;*
- XII. Suspensión de la visita íntima;*
- XIII. Aislamiento en celda propia o en celda distinta por no más de 30 días, bajo supervisión médica y con derecho a recibir la visita de su defensa; y*
- XIV. Traslado a otro Centro Penitenciario, previa autorización del Juez».*

Por su parte, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos Adopción: Consejo Económico y Social de la ONU Resoluciones 663C (XXIV), del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII), del 13 de mayo de 1977 establece:

«2) Las peticiones o quejas podrán ser presentadas al inspector de prisiones durante su inspección. El recluso podrá hablar con el inspector o con cualquier otro funcionario encargado de inspeccionar, sin que el director o cualquier otro recluso miembro del personal del establecimiento se hallen presentes.

3) *Todo recluso estará autorizado para dirigir por la vía prescrita sin censura en cuanto al fondo, pero en debida forma, una petición o queja a la administración penitenciaria central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente.*

Contacto con el mundo exterior

37. *Los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas.*

38. 1) *Los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares».*

Ignacio Altamirano narra un caso interesante:

« -¡Usted qué sabe de eso, don cualquiera, ni qué tiene usted que gritarme aquí ni que leerme la cartilla, ni quién le ha dado a usted facultades para hablarme en ese tono! ¿Quién es ese hombre, señor perfecto? –preguntó el comandante en el paroxismo del furor, con los bigotes erizados y poniendo mano en el puño de su pistola Colt, que llevaba ceñida a la cintura.

-Este muchacho –respondió el prefecto palideciendo, porque temió algún desmán del soldadote, que como todos los de su ralea era un gran insolente con los hombres honrados y pacíficos-, este señor es, en efecto, un vecino muy honrado y muy apreciable, que ha prestado muy buenos servicios a los pueblos y que es muy estimado de todos.

-Pues no le valdrá todo eso de nada para evitar que yo lo fusile –dijo el comandante-, yo le enseñaré a faltar el respeto a los militares.

Nicolás se cruzó de manos impasible y contestó sin arrogancia, pero con un acento frío y altivo:

-Haga usted lo que quiera, señor militar; usted tiene allí su fuerza armada. Yo estoy solo, sin armas y delante de la autoridad de mi población. Puede usted fusilarme, no lo temo y ya lo estaba yo esperando. Era muy natural; no ha podido usted o no ha querido perseguir o fusilar a los bandidos a quienes era necesario combatir arriesgando algo, y le es a usted más fácil asesinar a un hombre

*honrado que le recuerda a usted sus deberes. Es claro, esto no será glorioso para usted, pero sí lo único que puede y sabe hacer».*¹⁷²

En cuanto al sistema policiaco, incluso se encuentran en un régimen sin estabilidad en el empleo. La Suprema Corte ha determinado que los agentes de la Policía Federal Ministerial, pertenecen constitucionalmente a un régimen especial donde no puede reclamarse la posible afectación a derechos laborales como el de estabilidad en el empleo o cargo o inmutabilidad de las condiciones de permanencia. **Primera Sala. Tesis de jurisprudencia 106/2010.**

En cuanto al sistema castrense, la Primera Sala en el **Amparo en Revisión 448/2010** resolvió lo siguiente:

«LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS MODALIDADES EN EL ÁMBITO CASTRENSE. Como es posible predicarlo de todos los derechos fundamentales, la libertad de expresión no es un derecho absoluto o ilimitado. Su ejercicio está sujeto tanto a límites constitucionalmente expresos, como a otros que puedan fijarse para preservar bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Si bien es cierto que en el texto constitucional no existen límites expresamente dirigidos a limitar, restringir o condicionar el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, también lo es que es posible derivar dichos límites a través de otros bienes constitucionalmente protegidos, como lo es la disciplina militar, presupuesto estructural del Ejército y que encuentra anclaje constitucional en los fines y objetivos que la norma suprema le encomienda al Ejército. A juicio de esta Primera Sala, el análisis de la posible restricción de los derechos fundamentales de los militares deberá realizarse en cada caso en particular, en el entendido de que la relevancia de la potestad, función y misión de un militar y su derecho a portar armas, justifican la restricción de sus derechos para proteger fines o intereses públicos primordiales. En el caso específico de la libertad de expresión, es necesario partir del hecho de que el militar goza en abstracto de la libertad de expresión como los demás ciudadanos pero, por el hecho de estar integrado en las Fuerzas Armadas, puede ejercer

¹⁷² ALTAMIRANO, Ignacio M. *El Zarco. La Navidad en las montañas*. Introducción, María del Carmen Millan, México, Porrúa, 1989, p.41.

este derecho en una extensión distinta a los demás. Sin embargo, esto no debe llevar a que la libertad de expresión se reduzca en el ámbito castrense al puro y simple silencio. En esta lógica, las limitaciones a la libertad de expresión deben sucederse cuando exista una amenaza real para la disciplina militar que tenga consecuencias en la organización castrense. Asimismo, las opiniones vertidas deben afectar a bienes jurídicos específicamente deteriorables, lo que implica que toda limitación en este sentido ha de ser interpretada restrictivamente. Por último, la limitación a este derecho debe ser especialmente ponderada, cuando la libertad de expresión resulta el vehículo necesario para la efectividad de otros derechos fundamentales».

En este escenario represivo, cobra relevancia el papel de los medios de comunicación. En el **Amparo Directo en Revisión 517/2011** la Primera Sala determinó lo siguientes:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU RELACIÓN CON LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. A lo largo de su jurisprudencia, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido el papel central que juegan la libertad de expresión y el derecho a la información en un Estado democrático constitucional de Derecho, como piezas centrales para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. El orden constitucional mexicano promueve la comunicación libre y socialmente trascendente, pues el intercambio de información y opiniones entre los distintos comunicadores contribuirá a la formación de la voluntad social y estatal, de modo que es posible afirmar que el despliegue comunicativo es constitutivo de los procesos sociales y políticos. Sin embargo, el proporcionar información sobre eventos de interés nacional para un debido ejercicio del derecho a la información no puede justificar la violación de los derechos fundamentales de los detenidos y acusados. Es decir, la finalidad de brindar información sobre hechos delictuosos a los medios periodísticos no puede justificar la violación a la presunción de inocencia, como regla de trato en su vertiente extraprocesal, por parte de las autoridades que exponen como culpables a los detenidos. En este sentido, se estima que al proporcionar información sobre hechos delictuosos, las autoridades deben

abstenerse de deformar la realidad a fin de exponer a una persona frente a la sociedad y, principalmente, frente a las futuras partes del proceso, como los culpables del hecho delictivo. Por el contrario, deben constreñirse a presentar en forma descriptiva y no valorativa la información relativa a la causa penal que pueda tener relevancia pública, absteniéndose de brindar información sugestiva que exponga al detenido a un juicio paralelo y viole su derecho a ser tratado como inocente durante el trámite del procedimiento e, incluso, desde antes de que se inicie. Esta misma lógica ha sido sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual estableció en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, que el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. En el mismo sentido, al dictar sentencia en el Caso Loayza Tamayo vs. Perú, la Corte Interamericana condenó enfáticamente la práctica consistente en exponer ante los medios de comunicación a personas acusadas por la comisión de delitos, cuando aún no han sido condenadas por sentencia firme. Al respecto, dicho tribunal sostuvo que el derecho a la presunción de inocencia exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita un juicio ante la sociedad que contribuya así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella.

2.4.8. Escenario político.

Como afirma Arthur Schopenhauer la libertad de prensa es para la máquina del Estado lo que la válvula de seguridad es en la máquina de vapor. Es la voz de los descontentos: pero si éstos no tienen grandes agravios, aquélla se extingue en seguida. Más, si sus quejas responden a causas justas, es bueno que se escuchen a tiempo sus alegatos para entenderlos. Esto es infinitamente más práctico que permitir que el descontento se reconcentre, germine, fermente, se exacerbe y acrezca, hasta producir una explosión. De otra parte, cabe considerar la libertad de prensa como un permiso para expender veneno: veneno para el espíritu y para el corazón. ¿Qué no se puede, en efecto, sugerir a los cerebros ignorantes e irreflexivos de la multitud, singularmente si se hace relucir ante ellos

el lucro y el dinero? ¿De qué crímenes no es capaz el hombre que suscribe ciertas ideas? Mucho tememos que los riesgos de la libertad no excedan a su utilidad, especialmente allí donde las vías legales permiten hacer justicia. En todo caso, la libertad de prensa debería someterse a la prohibición más rotunda del anónimo.¹⁷³

José María Luis Mora dice que en cuanto a las leyes represivas de la libertad de la prensa en lo político, era enteramente averiguado que si no es por *casos raros* y en *circunstancias pasajeras* son nocivas e ineficaces. *Nocivas* porque establecen principios favoritos que se erigen en dogmas políticos, y que suelen ser y de facto han sido muchas veces errores perniciosísimos; porque destruyen o desvirtúan el principio elemental del sistema representativo que es la *censura* de los principios, y de los funcionarios públicos; y porque no pudiendo dichas leyes someterse a conceptos precisos, es necesario ocurrir a términos vagos (*de incitación directa o indirecta a la desobediencia en primero, segundo o tercer grado*), términos que dan lugar a la irritación de las pasiones, consecuencia precisa de la arbitrariedad a que exponen a los jueces. Dichas leyes son *ineficaces* porque aún no se ha logrado atinar con el medio de que tengan efecto; si un escrito es acusado, la defensa repite y amplifica su contenido, se imprime también, y la autoridad, lejos de disminuir, aumenta los motivos de sus temores; si el impreso es absuelto, el Gobierno queda mal puesto, y si es condenado, no importa, otros muchos dirán lo mismo empezando por la defensa; además hasta ahora no se ha hallado medio de acertar con el verdadero autor y éste queda siempre en disposición de repetir sus ataques y eludir los golpes de autoridad con que se le amenaza.¹⁷⁴

Luis Spota nos cuenta que estaba haciendo una suplencia en las *Últimas Noticias* y me encargaron que hiciera una nota sobre el “desayuno de la amistad” que cinco mil burócratas le ofrecieron al Presidente en el Campo Marte. Escribí mi nota, fusilándome el estilo de Novo, lo hice mal, claro. Decía yo que la señora del Presidente llevaba en el sombrero unos huevos fritos. Al otro día aparecieron en

¹⁷³ SCHOPENHAUER, Arthur, *La sabiduría de la vida. En torno a la filosofía. El amor, las mujeres, la muerte y otros temas*, Porrúa, México, 2004, p.292.

¹⁷⁴ LUIS MORA, José María, *Dialéctica Liberal*, prólogo Guillermo Pérez Velasco, México, CENPRI, 1984, p. 120

mi casa dos motociclistas para llevarme a Palacio. Esto me impresionó mucho. Sin explicaciones ni nada me llevaron y allá me recibió un señor muy afable; muy cortés; era el Presidente. Yo estaba asustadísimo. Me dijo: «Lo he mandado llamar para decirle que es usted un majadero. A las señoras se les respeta [...] Aunque aquí, entre nosotros, le confesaré que estoy de acuerdo con usted en cuanto a lo del sombrero de mi mujer [...] Cuando sea mayor y se case, comprenderá que a veces no es fácil convencer a la propia esposa de que algo le queda mal».¹⁷⁵

Francisco Zarco decía que no hay más acalorado, nada más virulentamente entusiasta que la prensa política.

«Al leer una columna de cualquier diario en ciertas épocas, tiembla uno temiendo duelos y palizas entre los que escriben. Nada de eso. Muchas veces dos periodistas después de haberse prodigado a millares los insultos, comen juntos y se burlan de lo que acaban de escribir. Además de que dos lobos no se muerden, en esto hay mucho de que perro que ladra no muerde, y en estos felices tiempos no hay perro más labrador que un escritor asalariado para defender o atacar a los que mandan.

*Un agiotista pondera lo ruinoso que son al país los contratos que no se hacen con él, habla de patriotismo y de desinterés, espera la ocasión de manifestar su generosidad, pero nunca entra en pormenores sobre negocios de otro: no le convienen esos detalles de fraude y de usura, revelarlos es entregarse así mismo».*¹⁷⁶

No dejan de tener vigencia las palabras de Francisco I. Madero cuando dijo:

«La falta de libertad de imprenta ha ejercido su influencia especial en la marcha de la administración, pues no habiendo quien se atreva a denunciar las faltas de los funcionarios, no son bien conocidas del público y mucho menos de sus superiores. Esas faltas que han permanecido impunes, se repiten con frecuencia.

¹⁷⁵ MONSIVAIS, Carlos, *A ustedes les consta*. Antología de la Crónica en México, México, Era, 2003, p.53.

¹⁷⁶ ZARCO, Francisco, *Escritos Literarios*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990, p. 96

Al principio, la opinión pública protestaba contra ellas, pero cansada de tanto esfuerzo estéril, dejó de protestar y se acostumbró a dominar su indignación, logrando al fin ver como cosas normales los abusos de las autoridades.¹⁷⁷

La Primera Sala de la Suprema Corte, ha establecido los siguientes principios respecto a las personas públicas:

- Quienes desempeñan, han desempeñado o desean desempeñar responsabilidades públicas, tienen pretensiones en términos de intimidad y respeto al honor con menos resistencia normativa general que los ciudadanos ordinarios, por motivos ligados al tipo de actividad que han decidido desempeñar, que exige un escrutinio público intenso de sus actividades.
- También son personas con proyección pública aquellas que, por circunstancias sociales, familiares, artísticas, deportivas, o bien, porque han difundido hechos y acontecimientos de su vida privada, o cualquier otra situación análoga, son notoriamente conocidas o tienen proyección o notoriedad en una comunidad y, por ende, deben resistir un mayor nivel de injerencia en su intimidad, de manera que la protección a su privacidad e incluso a su honor o reputación, es menos extensa que tratándose de personas privadas o particulares, porque aceptan voluntariamente, por situarse en la posición que ocupan, exponerse al escrutinio público.
- Una persona también puede adquirir proyección pública por estar relacionada con algún suceso que, por sí mismo, revista interés público para la sociedad, lo que a su vez le puede ocasionar una protección menos extensa de sus derechos de la personalidad.

El año pasado, en el **Amparo Directo 16/2012** la Primera Sala abordó el periodismo de denuncia al definirlo como la difusión de notas periodísticas, opiniones, declaraciones o testimonios que tienen por objeto divulgar información de interés público, ya sea para toda la sociedad o para una comunidad determinada, como la denuncia de irregularidades en el ejercicio de la función pública, o de un trato diferenciado en la aplicación de la ley en favor de grupos privilegiados, ya que es de interés público que no haya privilegios o excepciones en la aplicación de la ley. Por tanto, no puede sancionarse un escrutinio intenso por parte de la sociedad y de los profesionales de la prensa, en aquellos casos en donde existan indicios de un trato privilegiado o diferenciado no justificado.

¹⁷⁷ MADERO, Francisco I., *La sucesión presidencial en 1910*, México, colección ideas, 1985, p.170.

Finalmente del Amparo directo 3/2011 derivaron los siguientes criterios:

- La relevancia de la veracidad de la información difundida varía radicalmente si lo que se contrapone al derecho a la información es el derecho al honor o el relativo a la intimidad.
- La veracidad es una exigencia más débil que la verdad, en la medida en que únicamente comporta un estándar de diligencia en la corroboración de la verdad de la información divulgada.
- Mientras la veracidad en la información constituye una causa de justificación respecto de las intromisiones en el derecho al honor, ello no ocurre en los casos de conflicto entre libertad de información y derecho a la intimidad por una razón de naturaleza conceptual: la información difundida debe ser verdadera para que afecte la intimidad, es decir, la verdad de la información es un presupuesto de cualquier vulneración a la intimidad.
- De acuerdo con lo anterior, **la legitimidad de una invasión a la intimidad no podrá justificarse en la veracidad de la información.**
- El criterio de interés público debe fundarse en la información que el público considera relevante para la vida comunitaria, es decir, aquella que versa sobre hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva.
- No puede pasar inadvertido que las personas sienten curiosidad por aspectos íntimos de otras personas, por lo que el interés público no puede estar conformado por todo aquello que la sociedad considera de interés en un sentido amplio. Una información se vuelve de interés público cuando miembros de la comunidad pueden justificar razonablemente un interés en su conocimiento y difusión.
- En principio, puede decirse que el discurso político es el que está más directamente relacionado con la dimensión social y las funciones institucionales que debe cumplir la libertad de expresión en un contexto democrático.
- Lo anterior no quiere decir que sólo el discurso político esté amparado por la libertad de información, ya que la libertad de expresión no está confinada al ámbito de los hechos u opiniones sobre asuntos públicos o a comentar la situación de las personas que voluntariamente han buscado la luz pública.

2.4.8.1. Materia electoral.

Jonathan Swift en los *Viajes de Gulliver* en el viaje al país de los Houyhnhnms, nos narra:

«Existen tres métodos por los que un hombre puede elevarse y alcanzar el cargo de Primer Ministros: el primero es saber usar con prudencia de una esposa, una hija o una hermana; el segundo, traicionar y desprestigiar a su predecesor, y el tercero, mostrar en asambleas públicas un celo furioso contra las corruptelas de la Corte. Pero un príncipe inteligente preferirá siempre el último de estos métodos; porque aquellos celosos críticos, siempre resultan ser los subordinados más rendidos a la voluntad y a las pasiones de su señor. Como esos ministros tienen todos los empleos a su disposición, se mantienen en el poder corrompiendo a la mayoría de un Senado o un Gran Consejo, y por último, valiéndose de un expediente llamado Acta de Indemnidad –cuya naturaleza expliqué a mi amo- quedan a salvo y se aseguran de cualquier revisión o ajuste de cuentas que pudiera sobrevenir, y se retiran de la vida pública cargados con los despojos de la nación».

Manuel Martínez Sospedra, nos dice que las funciones de los partidos son las siguientes:

- Postulación de proyectos políticos de carácter global. Los partidos políticos son, prácticamente, los únicos actores sociales que se presentan y actúan en función de proyectos políticos referidos a la sociedad globalmente considerada y ofrecen, o cuando menos deben ofrecer, alternativas de futuro en el proceso de selección de los objetivos generales de la sociedad.¹⁷⁸
- Agregación y jerarquización de intereses. Los partidos políticos transforman y reducen a la unidad las demandas sociales, seleccionándolas, agrupándolas y

¹⁷⁸ MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Introducción a los partidos políticos*, Ariel Derecho, 1996, Barcelona, p.24.

articulándolas de acuerdo con un orden de valores, estableciendo, por ello, una coherencia dentro de la vida política de la sociedad.¹⁷⁹

- Los partidos desempeñan una función de comunicación y de orientación de los órganos políticos de poder, en su calidad de grupos de opinión pública, y asimismo ejercen una permanente labor de control de su actuación, lo que es una consecuencia necesaria de su función agregativa. Los partidos son, en la terminología propia del liberalismo tradicional, instituciones mediadoras entre la sociedad civil y el Estado, constituyen un enlace entre el sistema político, del que forman parte, y el resto de los sistemas sociales. Merced a su funcionamiento, las autoridades públicas reciben ordenadas las peticiones de los ciudadanos y mediante ellos pueden difundir sus posiciones y políticas entre los mismos. En las palabras de Lord Acton que gusta citar a Neumann, los partidos «sacan el orden del caos de una multitud de votantes».¹⁸⁰

- La selección y reclutamiento de personal político. Los partidos, pues, facilitan el reclutamiento del personal político, si bien, como señala con justeza Neumann, la tarea de seleccionar los líderes requiere, para ser eficaz, de un lado un público ilustrado, del otro un clima intelectual favorable al funcionamiento mismo de los partidos. Los partidos operan como agencias mediante las cuales se proporciona personal aspirante a los numerosísimos puestos públicos que se proveen por elección en las democracias representativas, proporcionan los candidatos sin los cuales la elección misma no sería posible, pero mediatamente, en cuanto se trata de puestos provistos por designación de las autoridades electas, también proporcionan candidatos a los puestos ejecutivos y administrativos.¹⁸¹

¹⁷⁹ ibídem, p.25.

¹⁸⁰ MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Introducción a los partidos políticos*, Ariel Derecho, 1996, Barcelona, p.26

¹⁸¹ MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Introducción a los partidos políticos*, Ariel Derecho, 1996, Barcelona, p.27

El 13 de Noviembre de 2007 se realizó una importante reforma constitucional, derivado de la campaña negra a un candidato presidencial, la cual tiene los siguientes principios, entre otros:

- En la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas.
- Durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial, deberá suspenderse la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental, tanto de los poderes federales y estatales, como de los municipios, órganos de gobierno del Distrito Federal, sus delegaciones y cualquier otro ente público. Las únicas excepciones a lo anterior serán las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia.
- La duración de las campañas en el año de elecciones para Presidente de la República, senadores y diputados federales será de noventa días; en el año en que sólo se elijan diputados federales, las campañas durarán sesenta días. En ningún caso las precampañas excederán las dos terceras partes del tiempo previsto para las campañas electorales.
- Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión.
- Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación determinó lo siguiente:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. NO SE VIOLA CON LA PROHIBICIÓN AL GOBERNADOR DE HACER MANIFESTACIONES A FAVOR O EN CONTRA DE UN CANDIDATO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COLIMA). De la interpretación de los artículos 1o., párrafo primero; 5o., 6o., 33, 35, 38, 39, 40, 41, párrafos primero y segundo; 115, primer párrafo y 116, párrafo segundo, fracción IV, incisos a) y b), y 122, párrafo sexto, apartado C, Base Primera, fracciones I y V, inciso f), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 2, parágrafos 1 y 2; 3, párrafo primero; 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2, 23, 29, 30 y 32, parágrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 59, fracción V; 86 bis de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima; 4, párrafo tercero, 6, 49, fracciones I y X, 61, 207, 330, 332, fracciones I y III del Código Electoral del Estado de Colima; se concluye que las libertades de expresión y de asociación en materia política por parte del gobernador del Estado se encuentran limitadas en su ejercicio durante los procesos electorales. Lo anterior es así en virtud de que las libertades de expresión y asociación son derechos fundamentales de base constitucional y desarrollo legal y en su caso, deben establecerse en la ley las restricciones o limitaciones a su ejercicio. Ahora bien, la facultad legislativa por la cual se establezcan restricciones o limitaciones a esos derechos fundamentales debe tener una plena justificación constitucional en la necesidad de establecer o preservar condiciones acordes con una sociedad democrática. Ciertamente, esos derechos fundamentales de participación política establecidos en favor del ciudadano conllevan un derecho de libertad y, al propio tiempo, uno de igualdad. Esto se refuerza en virtud de que existe una prescripción jurídica que prohíbe la intervención del gobernador del Estado en las elecciones para que recaigan en determinada persona, ya sea por sí o por medio de otras autoridades. Por otro lado, de los principios jurídicos establecidos en la Constitución federal destacan la idea de las elecciones libres, auténticas y periódicas, así como la idea del sufragio universal, libre, secreto y directo; además de la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, aspectos rectores del proceso

electoral, al igual que el establecimiento de condiciones de equidad en cuanto a los elementos con que cuenten los partidos políticos. Lo anterior aunado a que la libertad de sufragio se traduce en que el voto no debe estar sujeto a presión, intimidación o coacción alguna, redonda en que los órganos y autoridades del poder público se deben mantener al margen del proceso electoral para no influir en el ánimo del elector, y no transgredir así los principios constitucionales referidos, máxime si no están autorizados constitucional y legalmente para organizar o conducir el proceso mismo. Lo dicho sirve de presupuesto para estimar que, de acuerdo con la normativa nacional e internacional, vigente en México, no se puede considerar que se transgreden las libertades de expresión o asociación, cuando se establecen limitaciones, en razón del sujeto, que son conformes y necesarias en una sociedad democrática, para asegurar condiciones de igualdad y libertad que aseguren la realización de elecciones auténticas. Lo anterior es así, en virtud de que la calidad del sujeto titular del derecho constituye un elemento esencial para que se configure la limitación, pues si el titular del derecho subjetivo no tiene determinada calidad, por ejemplo, la condición de ser servidor público con el carácter de gobernador del Estado, no habría razón alguna para sostenerla. Esto es así, en virtud de que las restricciones sólo pueden ser establecidas expresamente en la ley (tanto formal como material), en conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 19, párrafo 3, y 22, párrafo 2 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 13, párrafo 2, y 16, párrafo 2. Las limitaciones de los derechos fundamentales en razón de su titular se sustentan, primordialmente, en la necesidad de proteger otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como lo son la libertad en el sufragio y la no presión en las elecciones. De esta manera se justifica que las libertades de ese servidor público como ciudadano puedan ser restringidas en razón, verbi gratia, de la protección del orden público, de la seguridad nacional o el respeto a los derechos de los demás. Lo anterior hay que relacionarlo con la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima, en su artículo 59, fracción V, que prohíbe expresamente la intervención indebida del titular del Poder Ejecutivo local en los procesos electorales para favorecer a determinado candidato. Ello se traduce en una limitación en el ejercicio de las libertades de expresión y de asociación que el titular del ejecutivo local tiene como ciudadano, toda vez que

*tiene semejantes libertades públicas fundamentales, a condición de que su ejercicio no interfiera sustancialmente con sus responsabilidades oficiales ni con el ejercicio de los derechos fundamentales de los demás, como sería el derecho político-electoral de acceder, en condiciones de igualdad, a los cargos públicos. Asimismo, el gobernador del Estado, en tanto servidor público, tiene las libertades de expresión y asociación condicionadas por las potestades administrativas inherentes que el propio orden jurídico le confiere, ello en virtud de que la investidura de dicho cargo confiere una connotación propia a sus actos que implican atribuciones de mando y acceso privilegiado a medios de comunicación que rompen en consecuencia con todo principio democrático de equidad en el proceso electoral. De esta manera, los derechos políticos deben ser armonizados entre sí, delimitando para cada uno de ellos la extensión más amplia posible que, sin embargo, no invada indebidamente la esfera de realización de otro derecho de su misma o superior jerarquía. Juicio de revisión constitucional electoral. **SUP-JRC-221/2003** y acumulados. Partido Acción Nacional. 29 de octubre de 2003. Mayoría de 4 votos. Ponente: José de Jesús Orozco Henríquez. Los Magistrados Alfonsina Berta Navarro Hidalgo, Eloy Fuentes Cerda y José Luis de la Peza, no se pronunciaron sobre el tema de la tesis. Secretario: Juan Carlos Silva Adaya.*

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ELEMENTOS MÍNIMOS PARA CONSIDERARLOS DEMOCRÁTICOS. *El artículo 27, apartado 1, incisos c) y g), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, impone a los partidos políticos la obligación de establecer en sus estatutos, procedimientos democráticos para la integración y renovación de los órganos directivos; sin embargo, no define este concepto, ni proporciona elementos suficientes para integrarlo jurídicamente, por lo que es necesario acudir a otras fuentes para precisar los elementos mínimos que deben concurrir en la democracia; los que no se pueden obtener de su uso lingüístico, que comúnmente se refiere a la democracia como un sistema o forma de gobierno o doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno, por lo que es necesario acudir a la doctrina de mayor aceptación, conforme a la cual, es posible desprender, como*

elementos comunes característicos de la democracia a los siguientes: 1. La deliberación y participación de los ciudadanos, en el mayor grado posible, en los procesos de toma de decisiones, para que respondan lo más fielmente posible a la voluntad popular; 2. Igualdad, para que cada ciudadano participe con igual peso respecto de otro; 3. **Garantía de ciertos derechos fundamentales, principalmente, de libertades de expresión, información y asociación**, y 4. Control de órganos electos, que implica la posibilidad real y efectiva de que los ciudadanos puedan elegir a los titulares del gobierno, y de removerlos en los casos que la gravedad de sus acciones lo amerite. Estos elementos coinciden con los rasgos y características establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que recoge la decisión de la voluntad soberana del pueblo de adoptar para el Estado mexicano, la forma de gobierno democrática, pues contempla la participación de los ciudadanos en las decisiones fundamentales, la igualdad de éstos en el ejercicio de sus derechos, los instrumentos para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y, finalmente, la posibilidad de controlar a los órganos electos con motivo de sus funciones. Ahora bien, los elementos esenciales de referencia no deben llevarse, sin más, al interior de los partidos políticos, sino que es necesario adaptarlos a su naturaleza, a fin de que no les impidan cumplir sus finalidades constitucionales. De lo anterior, se tiene que los elementos mínimos de democracia que deben estar presentes en los partidos políticos son, conforme al artículo 27, apartado 1, incisos b), c) y g) del código electoral federal, los siguientes: 1. La asamblea u órgano equivalente, como principal centro decisor del partido, que deberá conformarse con todos los afiliados, o cuando no sea posible, de un gran número de delegados o representantes, debiéndose establecer las formalidades para convocarla, tanto ordinariamente por los órganos de dirección, como extraordinariamente por un número razonable de miembros, la periodicidad con la que se reunirá ordinariamente, así como el quórum necesario para que sesione válidamente; 2. La protección de los derechos fundamentales de los afiliados, que garanticen el mayor grado de participación posible, como son el voto activo y pasivo en condiciones de igualdad, el derecho a la información, libertad de expresión, libre acceso y salida de los afiliados del partido; 3. El establecimiento de procedimientos disciplinarios, con las garantías procesales mínimas, como un procedimiento previamente establecido, derecho de audiencia y defensa, la tipificación de las irregularidades así como la proporcionalidad en las sanciones,

*motivación en la determinación o resolución respectiva y competencia a órganos sancionadores, a quienes se asegure independencia e imparcialidad; 4. La existencia de procedimientos de elección donde se garanticen la igualdad en el derecho a elegir dirigentes y candidatos, así como la posibilidad de ser elegidos como tales, que pueden realizarse mediante el voto directo de los afiliados, o indirecto, pudiendo ser secreto o abierto, siempre que el procedimiento garantice el valor de la libertad en la emisión del sufragio; 5. Adopción de la regla de mayoría como criterio básico para la toma de decisiones dentro del partido, a fin de que, con la participación de un número importante o considerable de miembros, puedan tomarse decisiones con efectos vinculantes, sin que se exija la aprobación por mayorías muy elevadas, excepto las de especial trascendencia, y 6. Mecanismos de control de poder, como por ejemplo: la posibilidad de revocar a los dirigentes del partido, el endurecimiento de causas de incompatibilidad entre los distintos cargos dentro del partido o públicos y establecimiento de períodos cortos de mandato. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-781/2002. Asociación Partido Popular Socialista. 23 de agosto de 2002. Unanimidad de votos. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. **SUP-JDC-021/2002. SUP-JDC-259/2004.***

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación estableció:

HONRA Y REPUTACIÓN. SU TUTELA DURANTE EL DESARROLLO DE UNA CONTIENDA ELECTORAL SE JUSTIFICA POR TRATARSE DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE RECONOCEN EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. De lo dispuesto por el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como los numerales 19, párrafo 3, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y 13, párrafo 1, inciso a), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estos últimos integrados al orden jurídico nacional en términos de lo previsto por el artículo 133 del propio ordenamiento constitucional, el respeto a los derechos de tercero o a la reputación de los demás se reconocen dentro del ejercicio de la libertad de expresión, correspondiendo al Estado su protección contra injerencias

arbitrarias o abusivas en los ámbitos de vida privada, familia, domicilio o correspondencia. La honra y dignidad, son valores universales construidos con base en la opinión, percepción o buena fama que se tiene de los individuos, de ahí que, a partir del menoscabo o degradación de los atributos de la personalidad es factible ilustrar sobre la vulneración de los derechos fundamentales precitados. En ese orden, en el marco del debate político, **las expresiones o manifestaciones de cualquier tipo que hagan quienes intervienen en la contienda electoral, con el fin primordial de denigrar o degradar el nombre, estado civil, nacionalidad o la capacidad de sus oponentes, implica vulneración de derechos de tercero o reputación de los demás, por apartarse de los principios rectores que ha reconocido el Constituyente y los Pactos Internacionales signados por el Estado Mexicano. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-267/2007.**—Actor: Partido Acción Nacional.—Autoridad responsable: Segunda Sala Unitaria del Tribunal Estatal Electoral de Tamaulipas.—17 de octubre de 2007.—Unanimidad de votos.—Ponente: José Alejandro Luna Ramos.—Secretario: Enrique Martell Chávez. Juicio de revisión constitucional electoral. **SUP-JRC-288/2007. SUP-JRC-271/2007.**

De igual modo, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación estableció la propaganda política y electoral, no debe contener expresiones que induzcan a la violencia (legislación del Estado de Tamaulipas y similares). **SUP-JRC-375/2007.**

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación estableció:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO. El artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce con el carácter de derecho fundamental a la libertad de expresión e información, así como el deber del Estado de garantizarla, derecho que a la vez se consagra en los numerales 19, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y 13, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disposiciones integradas

al orden jurídico nacional en términos de lo dispuesto por el artículo 133 del propio ordenamiento constitucional. Conforme a los citados preceptos, el ejercicio de dicha libertad no es absoluto, encuentra límites en cuestiones de carácter objetivo, relacionadas con determinados aspectos de seguridad nacional, orden público o salud pública, al igual que otros de carácter subjetivo o intrínseco de la persona, vinculados principalmente con la dignidad o la reputación. En lo atinente al debate político, el ejercicio de tales prerrogativas ensancha el margen de tolerancia frente a juicios valorativos, apreciaciones o aseveraciones vertidas en esas confrontaciones, cuando se actualice en el entorno de temas de interés público en una sociedad democrática. Bajo esa premisa, no se considera transgresión a la normativa electoral la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que apreciadas en su contexto, aporten elementos que permitan la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema de partidos y el fomento de una auténtica cultura democrática, cuando tenga lugar, entre los afiliados, militantes partidistas, candidatos o dirigentes y la ciudadanía en general, sin rebasar el derecho a la honra y dignidad reconocidos como derechos fundamentales por los ordenamientos antes invocados. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-288/2007. SUP-JRC-367/2007.¹⁸²

¹⁸² La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación estableció: CENSURA PREVIA. EXISTE CUANDO LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA SUJETA, DE MANERA ANTICIPADA, LAS EXPRESIONES QUE SE HACEN EN LA PROPAGANDA POLÍTICA, A UNA RESTRICCIÓN DISTINTA A LAS PREVISTAS EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL. Los artículos 6º y 7º, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 19, párrafos 2 y 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 38, párrafo primero, inciso p), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, reconocen el derecho fundamental a la libertad de expresión; la Sala Superior ha interpretado que el ejercicio de esa libertad, en el contexto del debate político, en el que se inserta la propaganda electoral, se maximiza, al ser un instrumento esencial en la formación de la opinión pública, y propiciar las condiciones para una elección informada, libre y auténtica; el cual no es absoluto, tiene límites reconocidos en el propio orden constitucional y legal, a saber: el respeto a la moral, los derechos de terceros, la paz social y el orden público. En esta tesitura, al reconocer la trascendencia de tal derecho fundamental, tanto el orden jurídico nacional como el comunitario coinciden en establecer la restricción a las autoridades competentes de implementar mecanismos para excluir, en forma previa, expresiones que se profieran en el marco del debate político, por ello, las autoridades administrativas no pueden, en ejercicio de la facultad reglamentaria que tienen reservada a su favor, adicionar otras limitantes respecto de ese derecho humano que impliquen un examen previo en cuanto a la veracidad de lo expresado, como sucede cuando a través de un acuerdo general se exige que las manifestaciones vertidas en la propaganda electoral, se realicen “con sustento o apoyo” o alguna prevención similar, en tanto, ello implica apartarse de lo previsto en la Constitución, los tratados internacionales y la ley. Recurso de apelación. SUP-RAP-254/2008.—Actor: Partido Socialdemócrata.—Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral.—21 de enero de 2009.—Unanimidad de seis votos.—Ponente: Constancio Carrasco Daza.—Secretario: Fidel Quiñones Rodríguez; La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la

En la Acción de Inconstitucionalidad 2/2011 determinó que en la precampaña, la restricción que impone a los precandidatos a cargos de elección popular el artículo 231, fracción X, del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal, relativa a utilizar expresiones verbales o escritos contrarios a la moral, que injurien a las autoridades, a los demás partidos políticos o precandidatos, o que tiendan a incitar a la violencia y al desorden público, no viola los numerales 6o. y 41, fracción III, Apartado C, párrafo primero, de la Constitución Federal.

En el **Amparo Directo en Revisión 1013/2013** determinó lo siguiente:

- Quienes aspiran a un cargo público deben considerarse como personas públicas y, en consecuencia, soportar un mayor nivel de intromisión en su vida privada.

Federación RADIO Y TELEVISIÓN. REQUISITOS PARA DECRETAR LA SUSPENSIÓN DE LA TRANSMISIÓN DE PROPAGANDA POLÍTICA O ELECTORAL COMO MEDIDA CAUTELAR. De la interpretación sistemática de los artículos 52, 368, párrafo 8, y 365, párrafo 4, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se advierte que, en el procedimiento especial sancionador, el órgano competente puede ordenar, como medida cautelar, la suspensión de la transmisión de propaganda política o electoral en radio y televisión, a fin de evitar la vulneración de los principios rectores en materia electoral; daños irreversibles que pudieran ocasionarse a los actores políticos y, en general, la afectación de bienes jurídicos tutelados constitucional y legalmente, para que sea dable, en su oportunidad, el cumplimiento efectivo e integral de la resolución que se pronuncie. Por ello, el órgano facultado, al proveer sobre dicha medida, deberá examinar la existencia del derecho cuya tutela se pretende y justificar el temor fundado de que, ante la espera del dictado de la resolución definitiva, desaparezca la materia de la controversia; de igual forma, ponderará los valores y bienes jurídicos en conflicto, y justificará la idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad de dicha medida; entre otros aspectos, tendrá que fundar y motivar si la difusión atinente trasciende los límites que reconoce la libertad de expresión y si presumiblemente se ubica en el ámbito de lo ilícito, atendiendo desde luego, al contexto en que se produce, con el objeto de establecer la conveniencia jurídica de decretarla; elementos que indefectiblemente deben reflejarse en la resolución adoptada, a fin de cumplir con la debida fundamentación y motivación exigida por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recurso de apelación. SUP-RAP-58/2008. —Actor: Partido Acción Nacional.— Autoridad responsable: Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Federal Electoral.—4 de junio de 2008.—Unanimidad en el criterio.—Engrose: Constancio Carrasco Daza.—Secretaria: Marcela Elena Fernández Domínguez. Recurso de apelación. SUP-RAP-64/2008.—Actor: Partido Acción Nacional.—Autoridad responsable: Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Federal Electoral.—11 de junio de 2008.—Unanimidad de cinco votos en el criterio.—Ponente: María del Carmen Alanís Figueroa—Secretarios: Enrique Figueroa Ávila, Juan Antonio Garza García y Armando González Martínez. Recurso de apelación. SUP-RAP-156/2009 y acumulados.—Actores: Partido Revolucionario Institucional y otro.—Autoridades responsables: Secretario Ejecutivo y Consejo General del Instituto Federal Electoral.—11 de junio de 2009.—Unanimidad en el criterio.—Engrose: José Alejandro Luna Ramos.— Secretarios: Felipe de la Mata Pizaña, David R. Jaime González y Rubén Jesús Lara Patrón.

- La injerencia en la vida privada de quienes participan en los procedimientos de selección para cargos públicos, se justifica por el interés público que revisten dichos procedimientos.
- La injerencia en la vida privada de quienes participan en los procedimientos de selección para cargos públicos, no se limita a los documentos presentados por los propios contendientes.

2.4.8.2. En el gobierno.

2.4.8.2.1. Altos Funcionarios

Por mencionar un caso, el Presidente debe seguir lineamientos constitucionales y legales, por ejemplo, en la conducción de la política internacional, el titular del Poder Ejecutivo debe observar los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

Por ende, un presidente no tiene libertad para «declarar lo que le venga en gana».

2.4.8.2.2. Otros servidores públicos.

De acuerdo al artículo 113 constitucional, las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en

sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados.

La Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos establece en su artículo 8 establece que todo servidor público tendrá la obligación de observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de éste.

2.4.8.2.3. En el Poder Legislativo.

Lorenzo de Zavala narra:

«El nacimiento y la naturaleza del imperio iturbidista. La discusión dio principio a las diez, en presencia de Iturbide, como se ha dicho. En los bancos de los diputados estaban mezclados oficiales, frailes y otras gentes que, juntamente con los de las galerías, gritaban: ¡Viva el emperador y mueran los traidores! ¡El Emperador o la muerte! Varios diputados del partido de Iturbide pidieron, por una proposición firmada, que se procediese a elegirle emperador. Algunos se opusieron y tuvieron bastante energía para subir a la tribuna y exponer las razones en que se fundaban; pero sus voces eran sofocadas por los gritos amenazadores de las galerías, y los diputados se veían obligados a descender en medio de los insultos y silbidos de una plebe que faltaba a todos los miramientos debidos al Congreso. Iturbide, es verdad que hacía esfuerzos por mantener el orden y procurar callar a aquellos forajidos; mas el remedio era levantar la sesión, o por mejor decir, no haberla abierto. Pero ¿cómo había de tomarse semejante medida cuando se quería sacar de la sorpresa y violencia una elección que después hubiese sido imposible?»

Ahora, bien, la Constitución establece lo siguiente:

«Art. 61.- Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas.

El Presidente de cada Cámara velará por el respeto al fuero constitucional de los miembros de la misma y por la inviolabilidad del recinto donde se reúnan a sesionar».

En el **Amparo en Revisión 2214/98** resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte, se resolvió:

INMUNIDAD LEGISLATIVA. OBJETO Y ALCANCES DE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 61 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Según se desprende de la interpretación del artículo 61 constitucional, que dispone que: "Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas.-El presidente de cada Cámara velará por el respeto al fuero constitucional de los miembros de la misma y por la inviolabilidad del recinto donde se reúnan a sesionar.", el interés a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad o inmunidad legislativa es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias, decaendo tal protección cuando los actos -las manifestaciones- hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano, fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como legislador, por lo que puede afirmarse que el ámbito de esta protección se delimita por la suma de tres condiciones: a) sólo opera a favor de diputados y senadores; b) por las opiniones; y, c) que manifiesten en el desempeño de sus cargos. Así, la inviolabilidad dispensa al legislador una protección de fondo, absoluta, llevada al grado de irresponsabilidad, perpetua por cuanto que sus beneficios no están sujetos a periodo alguno; de tal suerte que prácticamente lo sitúa en una posición de excepción, en todas aquellas circunstancias en que éste ejercite su función de representante público, pues automáticamente opera una derogación, es decir, una pérdida de vigencia y eficacia de los preceptos constitucionales que imponen a los poderes públicos el deber de responder a sus propios actos y de los que garantizan a todos los ciudadanos una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, lo que obliga al gobierno y a los particulares a soportar las

manifestaciones que viertan en su contra los legisladores, aun cuando subjetivamente puedan considerarlas difamatorias. En consecuencia, la protección a los legisladores sólo por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos refrenda el objetivo de la mencionada garantía, o sea, resguardar al ejercicio del Poder Legislativo, pues aquéllos lo realizan y hacen de la palabra -del discurso- el instrumento motriz y la forma privilegiada para ejercer su función pública.

El Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos establece lo siguiente:

«Artículo 21.- Son obligaciones del Presidente:

*II.- Cuidar de que así los miembros de la Cámara, como los espectadores, **guarden orden y silencio;***

*VIII.- **Llamar al orden** por sí o por excitativa de algún individuo de la Cámara, al que faltare a él;*

Artículo 98.- Los miembros de la Cámara hablarán alternativamente en contra o en pro, llamándolos el Presidente por el orden de las listas, comenzando por el inscrito en contra.

*Artículo 102.- Los individuos de la Cámara, aun cuando no estén inscritos en la lista de los oradores, **podrán pedir la palabra**, para rectificar hechos o contestar alusiones personales, cuando haya concluido el orador y sin que puedan hacer uso de la palabra más de cinco minutos.*

*Artículo 103.- Los discursos de los individuos de las Cámaras sobre cualquier negocio, **no podrán durar más de media hora**, sin permiso de la Cámara.*

Artículo 104.- Ningún diputado podrá ser interrumpido mientras tenga la palabra, a menos de que se trate de moción de orden en el caso señalado en el artículo 105, o de alguna explicación pertinente, pero en este caso sólo será permitida la interrupción con permiso del Presidente y del orador. Quedan absolutamente prohibidas las discusiones en forma de diálogo.

Artículo 207.- Los concurrentes a las galerías se presentarán sin armas; guardarán respeto, silencio y compostura, y no tomarán parte en los debates con ninguna clase de demostración».

2.4.8.2.4. En el Poder Judicial.

El artículo 81 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, establece que son atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal:

*«XXVIII. Apercibir, amonestar e imponer multas hasta de ciento ochenta días del importe del salario mínimo general vigente del Distrito Federal al día de cometerse la falta a aquellas personas que **falten el respeto a algún órgano o miembro del Poder Judicial de la Federación en las promociones que hagan ante el Consejo de la Judicatura Federal**».*

La Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal emite criterios, que en el caso que nos ocupa pueden servir de ejemplo los siguientes:

En la **Denuncia Administrativa 75/2008** se determinó:

«FALTA DE RESPETO. SU UBICACIÓN COMO CAUSA DE RESPONSABILIDAD DENTRO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Conforme a lo dispuesto por el artículo 131, fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, una de las causas que, en abstracto, revelan la configuración de la responsabilidad disciplinaria la constituye la ausencia de profesionalismo y dignidad en el desempeño de la labor judicial. La noción de esas figuras, como principios reguladores del ejercicio de la función judicial, se encuentra referida, entre otros conceptos, a todos aquellos rasgos que caracterizan o definen la manera en que un servidor público debe comportarse en el desempeño de su cargo (como podrían ser: integridad; seriedad; relevante capacidad y excelencia) dentro de los que evidentemente se encuentra el debido respeto que debe guardarse en el desarrollo de esa labor. Tan es así que, por ejemplo, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos también identifica al debido respeto como una obligación concreta a cargo de los servidores públicos. Por tanto, la demostración sobre la existencia de una falta de respeto entraña o involucra una ausencia de profesionalismo y dignidad en el desarrollo de la labor judicial a que se refiere la citada Ley Orgánica, la que, en su caso, es susceptible de ser sancionada».

En la **Queja administrativa 305/2006** se determinó:

«FALTA DE OBJETIVIDAD EN EL DESEMPEÑO JURISDICCIONAL. HIPÓTESIS QUE CONFIGURA CAUSA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. La objetividad como principio rector de la función judicial, a que se refiere el séptimo párrafo del artículo 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se traduce, en una de sus acepciones, en respetar a los pares, escuchar con atención y apertura de entendimiento sus planteamientos, así como dialogar con razones y tolerancia; la cual se ve menoscabada cuando, dentro de una resolución, los argumentos que la sustentan se apoyan en expresiones que, en su contexto, reflejan de manera evidente el ánimo de denostar la actuación con la que se está en desacuerdo, hipótesis en la que se actualiza responsabilidad administrativa en términos del artículo 131, fracción XI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el diverso 8º, fracción VI, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, porque implica trasgresión al deber de conducirse con buena conducta en el empleo, cargo o comisión; así como tratar con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que se tiene relación con motivo del servicio encomendado».¹⁸³

2.4.9. Escenario eclesiástico.

En el terreno legislativo, Juan Pablo II promulgó, en 1985, un nuevo Código de Derecho Canónico –sistema jurídico interno de la Iglesia- que sustituye al de 1917, elaborado por Pío X y promulgado por Benedicto XV. Se llama canónico porque está compuesto de cánones. Cada canon es una ley. El nuevo código dedica el título IV del libro III, cánones 822 a 832, a los instrumentos de comunicación social, especialmente a los libros. He aquí una síntesis de esos cánones.¹⁸⁴

¹⁸³ En la Queja administrativa 43/2001 se resolvió: «FALTA DE RESPETO A LAS PARTES. NO LA CONSTITUYE LAS DETERMINACIONES DEL JUZGADOR QUE CONTENGAN PALABRAS EN NEGRITAS Y SUBRAYADAS. La circunstancia de que la determinación emitida por el juzgador contenga diversas palabras en negritas y/o subrayadas, no denota falta de respeto a las partes y, por ende, no constituye causa de responsabilidad en tanto que dicha conducta no denota la intención de ofender, ni puede inferirse de un hecho aislado que objetivamente no constituye una injuria, ya que una conducta de tal naturaleza sólo puede tenerse por acreditada, en el caso de que indubitablemente se pruebe la falta de respeto hacia alguno de los justiciables».

¹⁸⁴ MAZA, Enrique, *La libertad de expresión en la Iglesia*, Océano, México, 2006, p 59.

El Código de Derecho Canónico establece lo siguiente:

TÍTULO IV

*De Los Instrumentos de Comunicación Social y Especialmente de los Libros
(Cann. 822 – 832)*

822 § 1. Los pastores de la Iglesia, en uso de un derecho propio de la Iglesia y en cumplimiento de su deber procuren utilizar los medios de comunicación social.

§ 2. Cuiden los mismos pastores de que se instruya a los fieles acerca del deber que tienen de cooperar para que el uso de los instrumentos de comunicación social esté vivificado por espíritu humano y cristiano.

§ 3. Todos los fieles, especialmente aquellos que de alguna manera participan en la organización o uso de esos medios, han de mostrarse solícitos en prestar apoyo a la actividad pastoral, de manera que la Iglesia lleve a cabo eficazmente su misión, también mediante esos medios.

823 § 1. Para preservar la integridad de las verdades de fe y costumbres, los pastores de la Iglesia tienen el deber y el derecho de velar para que ni los escritos ni la utilización de los medios de comunicación social dañen la fe y las costumbres de los fieles cristianos; asimismo, de exigir que los fieles sometan a su juicio los escritos que vayan a publicar y tengan relación con la fe o las costumbres; y también de reprobado los escritos nocivos para la rectitud de la fe o para las buenas costumbres.

§ 2. El deber y el derecho de que se trata en el § 1 corresponden a los Obispos, tanto individualmente como reunidos en concilios particulares o Conferencias Episcopales, respecto a los fieles que se les encomiendan; y a la autoridad suprema de la Iglesia respecto a todo el pueblo de Dios.

824 § 1. A no ser que se establezca otra cosa, el Ordinario local cuya licencia o aprobación hay que solicitar según los cánones de este Título para editar libros, es el Ordinario local propio del autor o el Ordinario del lugar donde se editan los libros.

§ 2. Lo que en este título se establece sobre los libros, se ha de aplicar a cualesquiera escritos destinados a divulgarse públicamente, a no ser que conste otra cosa.

825 § 1. Los libros de la sagrada Escritura sólo pueden publicarse si han sido aprobados por la Sede Apostólica o por la Conferencia Episcopal; asimismo, para que se puedan editar las traducciones a la lengua vernácula, se requiere que

hayan sido aprobadas por la misma autoridad y que vayan acompañadas de las notas aclaratorias necesarias y suficientes.

§ 2. Con licencia de la Conferencia Episcopal, los fieles católicos pueden confeccionar y publicar, también en colaboración con hermanos separados, traducciones de la sagrada Escritura acompañadas de las convenientes notas aclaratorias.

826 § 1. Por lo que se refiere a los libros litúrgicos, obsérvense las prescripciones del c. 838.

§ 2. Para reeditar libros litúrgicos o partes de los mismos así como sus traducciones a la lengua vernácula, es necesario que conste su conformidad con la edición aprobada, mediante testimonio del Ordinario del lugar en donde se publiquen.

§ 3. No se publiquen sin licencia del Ordinario del lugar libros de oraciones para uso público o privado de los fieles.

827 § 1. Sin perjuicio de lo que prescribe el c. 775 § 2, es necesaria la aprobación del Ordinario del lugar para editar catecismos y otros escritos relacionados con la formación catequética, así como sus traducciones.

§ 2. En las escuelas, tanto elementales como medias o superiores, no pueden emplearse como libros de texto para la enseñanza aquellos libros en los que se trate de cuestiones referentes a la sagrada Escritura, la teología, el derecho canónico, la historia eclesiástica y materias religiosas o morales que no hayan sido publicados con aprobación de la autoridad eclesiástica competente, o la hayan obtenido posteriormente.

§ 3. Se recomienda que se sometan al juicio del Ordinario del lugar los libros sobre las materias a que se refiere el § 2, aunque no se empleen como libros de texto en la enseñanza, e igualmente aquellos escritos en los que se contenga algo que afecte de manera peculiar a la religión o a la integridad de las costumbres.

§ 4. En las iglesias y oratorios no se pueden exponer, vender o dar libros u otros escritos que traten sobre cuestiones de religión o de costumbres que no hayan sido publicados con licencia de la autoridad eclesiástica competente, o aprobados después por ella.

828 No se permite reeditar colecciones de decretos o de actos publicados por una autoridad eclesiástica sin haber obtenido previamente licencia de la misma autoridad, y observando las condiciones impuestas por la misma.

829 La aprobación o licencia para editar una obra vale para el texto original, pero no para sucesivas ediciones o traducciones del mismo.

830 § 1. Respetando el derecho de cada Ordinario del lugar de encomendar el juicio sobre los libros a personas que él mismo haya aprobado, puede la Conferencia Episcopal elaborar una lista de censores, que destaquen por su ciencia, recta doctrina y prudencia y estén a disposición de las curias diocesanas, o también constituir una comisión de censores, a la que puedan consultar los Ordinarios del lugar.

§ 2. Al cumplir su deber, dejando de lado toda acepción de personas, el censor tenga presente sólo la doctrina de la Iglesia sobre fe y costumbres, tal como la propone el magisterio eclesiástico.

§ 3. El censor debe dar su dictamen por escrito; y si éste es favorable, el Ordinario concederá según su prudente juicio la licencia para la edición, mencionando su propio nombre, así como la fecha y el lugar de la concesión de la licencia; si no la concede, comunique el Ordinario al autor de la obra las razones de la negativa.

831 § 1. Sin causa justa y razonable, no escriban nada los fieles en periódicos, folletos o revistas que de modo manifiesto suelen atacar a la religión católica o a las buenas costumbres; los clérigos y los miembros de institutos religiosos sólo pueden hacerlo con licencia del Ordinario del lugar.

§ 2. Compete a las Conferencias Episcopales dar normas acerca de los requisitos necesarios para que clérigos o miembros de institutos religiosos tomen parte en emisiones de radio o de televisión en las que se trate de cuestiones referentes a la doctrina católica o a las costumbres.

832 Los miembros de institutos religiosos necesitan también licencia de su Superior mayor, conforme a la norma de las constituciones, para publicar escritos que se refieren a cuestiones de religión o de costumbres».

2.5. Régimen jurídico de la libertad de expresión.

2.4.1 Su historia y actualidad

La Constitución vigente establece lo siguiente:

Art. 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 de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.

Art. 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.

Por su parte, el artículo 9 constitucional establece el derecho a la protesta:

Art. 9o.- No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar.

No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto, a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee.

En principio el artículo 7º regula la libertad escrita y el 6º las demás: La Suprema Corte ha dicho:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA RADIODIFUSIÓN ES UN MEDIO TECNOLÓGICO PARA EJERCER ESE DERECHO. *Conforme al artículo 6o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho a la información estará garantizado por el Estado, lo que debe ser de manera general, incluyendo tanto la que es producida o se encuentra en posesión de los órganos de gobierno, como la que es propia de los particulares; garantía que debe cumplirse no sólo respecto de su difusión, sino también de su recepción por el público en general o destinatarios del medio, pues el enunciado normativo previsto en el mandato constitucional no se limita a la información pública gubernamental. Así, cualquier marco normativo o política gubernamental debe empezar por garantizar el ejercicio de ese derecho, el cual si bien puede ser restringido excepcionalmente, las restricciones correspondientes deben estar*

fijadas por la ley y buscar la protección y respeto de algún interés o bien jurídicamente tutelado, como: a) los derechos o reputación de los demás, b) la seguridad nacional, c) el orden público, d) la salud pública, y, e) la moral pública; de ahí que, al ser la radiodifusión un medio tecnológico para ejercer dicho derecho, el Estado debe establecer las condiciones para su pleno ejercicio sin discriminación alguna, mediante políticas públicas en la materia; así, las restricciones deben cumplir con los criterios de: a) razonabilidad, esto es, deberá enfocarse a los fines perseguidos, y b) proporcionalidad, que se traduce en que la medida no impida el ejercicio de aquel derecho en su totalidad o genere en la población una inhibición en su ejercicio. Primera Sala. Amparo en revisión 531/2011. Mie Nillu Mazateco, A.C. 24 de agosto de 2011. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Ignacio Valdés Barreiro.

Si resulta un tanto cuestionable que de manera explícita la propia Suprema Corte diga que las restricciones deben estar fijadas por la ley y buscar la protección y respeto de algún interés o bien jurídicamente tutelado, como: a) los derechos o reputación de los demás, b) la seguridad nacional, c) el orden público, d) la salud pública, y, e) la moral pública, cuando por ejemplo, «seguridad nacional» no está señalado en el artículo.

El Pleno estableció en la **Acción de inconstitucionalidad 45/2006 y su acumulada 46/2006**, que los límites no pueden hacerse valer mediante un mecanismo por el cual una autoridad excluya sin más la entrada de un mensaje al debate público por estar en desacuerdo con su contenido, sino a través de la atribución de responsabilidades -civiles, penales, administrativas- posteriores a la difusión del mensaje; además, el indicado artículo 7o. constitucional evidencia con claridad la intención de contener dentro de parámetros estrictos las limitaciones a la libertad de expresión al establecer que ésta "... no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento de delito.". Por su parte, el **artículo 6o. constitucional** destaca la imposibilidad de someter la manifestación de las ideas a inquisiciones de los poderes públicos al señalar que "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa", a excepción

de aquellos casos en que se ataque la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. Se trata, por tanto, de límites tasados y directamente especificados en la Constitución Federal.

Los límites a la libertad de expresión, de acuerdo a Eduardo Ruiz, un autor de principios de siglo XX, más que restricciones son el homenaje al derecho ajeno.¹⁸⁵ Dichos límites deben ser reinterpretados a la luz de del pluralismo y los derechos humanos. Recientemente la Primera Sala de la Suprema Corte aprobó la **Jurisprudencia 38/2013**:

«LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA. Para el análisis de los límites a la libertad de expresión, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado el denominado **“sistema dual de protección”**, según el cual los límites de crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó, en los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* y *Kimel vs. Argentina*, que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Esta aclaración es fundamental en tanto que las personas no estarán sometidas a un mayor escrutinio de la sociedad en su honor o privacidad durante todas sus vidas, sino que dicho umbral de tolerancia deberá ser mayor solamente mientras realicen funciones públicas o estén involucradas en temas de relevancia pública. Esto no significa que la proyección pública de las personas las prive de su derecho al honor, sino simplemente que el nivel de intromisión admisible será mayor, aunque dichas intromisiones deben estar relacionadas con aquellos asuntos que sean de relevancia pública. La principal consecuencia del sistema de protección dual es la doctrina conocida como “real malicia” o “malicia efectiva”,

¹⁸⁵ RUIZ, Eduardo, *Derecho Constitucional*, UNAM; México, 1978, p.60.

misma que ha sido incorporada al ordenamiento jurídico mexicano. Esta doctrina se traduce en la imposición de sanciones civiles, exclusivamente en aquellos casos en que exista información falsa (en caso del derecho a la información) o que haya sido producida con “real malicia” (aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión). El estándar de “real malicia” requiere, para la existencia de una condena por daño moral por la emisión de opiniones, ideas o juicios, que hayan sido expresados con la intención de dañar, para lo cual, la nota publicada y su contexto constituyen las pruebas idóneas para acreditar dicha intención. En este sentido, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación observa que, dependiendo de su gravedad y de la calidad del sujeto pasivo, las intromisiones al derecho al honor pueden ser sancionadas con: (i) sanciones penales, en supuestos muy limitados referentes principalmente a intromisiones graves contra particulares; (ii) con sanciones civiles, para intromisiones graves en casos de personajes públicos e intromisiones medias contra particulares; y (iii) mediante el uso del derecho de réplica o respuesta, cuyo reconocimiento se encuentra tanto en el texto constitucional como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para intromisiones no graves contra personajes públicos e intromisiones leves contra personas privadas».

A continuación una relación de los principales ordenamientos de la libertad de expresión a lo largo del siglo XIX y XX.¹⁸⁶

El Decreto de Apatzingán, establecía:

«...la libertad de hablar, de discurrir y de manifestar sus opiniones por medio de la imprenta, no debe prohibirse a ningún ciudadano, a menos que en sus producciones ataque el dogma, turbe la tranquilidad pública u ofenda el honor de los ciudadanos».

El Decreto. *Reglamento de Libertad de Imprenta* de diciembre 13 de 1821, establece:

¹⁸⁶ Se consultaron varias páginas de Internet: www.inehrm.gob.mx, www.memoriapoliticademexico.org; www.bibliotecas.tv

«Art. 1.- Se declaran por bases fundamentales del imperio. Primera: la unidad de la religión católica apostólica romana, sin tolerancia de otra alguna. Segunda: la independencia de la antigua España, y de otras cualesquiera nacionales. Tercera: la estrecha unión de todos los actuales ciudadanos del imperio, ó perfecta igualdad de derechos, goces y opiniones, ya hayan nacido en él, ó ya del otro lado de los mares. Cuarta: la monarquía hereditaria constitucional moderada, para la que cuidaron de hacer llamamiento el plan de Iguala y tratado de Córdoba. Quinta; el gobierno representativo. Sesta: la división de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial en los congresos, juntas personas y tribunales que indica el artículo 14 del tratado de Córdoba, y esplicará mas estensamente la constitucion del imperio.

Art. 2.- **Los impresos atacarán estas bases directamente cuando de intento traten de persuadir, que no deben subsistir ni observarse, ya sea este fin principal de todo el escrito, ó ya se haga incidentemente; cuando las zahieran, ó satiricen su observancia; cuando proclamen otras, como preferentes ó mejores, no en lo especulativo y general, sino para el imperio en su estado actual.** Entre los modos indirectos de atacarlas se reputaria por uno de los principales el de divulgar, ó recordar especies capaces, según ha acreditado la esperiencia, de indisponer fuertemente los ánimo, sin otro objeto para hecer odiosa ó menospreciable alguna clase de ciudadanos para con la otra á quien debe estar unida cordialmente con arreglo á la tercera garantía.

Art. 3.- El escritor ó editor que atacase directamente en su impreso cualquiera de las seis bases declaradas fundamentales en el artículo 1º, será juzgado con total arreglo á la ley de 12 de Noviembre de 820 sobre la libertad de imprenta. Si el escritor se declarase subversivo en primer grado, se castigará con seis años de prisión; si en segundo, con cuatro; y si en tercero, con dos; perdiendo además sus honores y destinos, sean estos de la clase eclesiástica ó de la secular: y á esto solo quedará reducido el artículo 19 de la citada ley de libertad de imprenta por la consideración que merece á la junta el estado eclesiástico, de cuyos individuos debe prometerse apoyen con sus escritos nuestras leyes fundamentales lejos de tratar de destruirlas».

El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 18 de diciembre de 1822 establecía:

«Art. 17. Nada más conforme a los derechos del hombre, que la libertad de pensar y manifestar sus ideas: por tanto, así como se debe hacer un racional sacrificio de esta facultad, no atacando directa ni indirectamente, ni haciendo, sin previa censura, uso de la pluma en materias de religión y disciplina eclesiástica, monarquía moderada, persona del emperador, independencia y unión, como principios fundamentales, admitidos y jurados por toda la nación desde el pronunciamiento del plan de Iguala, así también en todo lo demás, el gobierno debe proteger y protegerá sin excepción la libertad de pensar, escribir y expresar por la imprenta cualquiera conceptos o dictámenes, y empeña todo su poder y celo en alejar cuantos impedimentos puedan ofender este derecho que mira como sagrado.»

Art. 18. La censura en los escritos que traten de religión o disciplina eclesiástica toca al juez ordinario eclesiástico, que deberá darla dentro de veinte y cuatro horas, si el papel no llegare a tres pliegos, o dentro de seis días si pasare de ellos. Y si algún libro o papel sobre dichas materias se imprimiese sin la licencia indicada, podrá dicho juez eclesiástico recogerla y castigar al autor é impresor con arreglo a las leyes canónicas. En los demás puntos del artículo anterior, la censura la hará cualquiera juez de letras a quien se pida la licencia, en los mismos tiempos; pero bajo su responsabilidad, tanto al gobierno, si fuere aprobatoria, como a la parte si fuere condenatoria.

Art. 19. Como quiera que el ocultar el nombre en un escrito, es ya una presunción contra él, y las leyes han detestado siempre esta conducta, no se opone a la libertad de imprenta la obligación que tendrán todos los escritores de firmar sus producciones con expresión de fecha, lo que también es útilísimo a la nación, pues así no se darán a la faz de las naciones cultas».

El Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, de México, de Mayo 16 de 1823, estableció:

«1o. La nación mexicana es la sociedad de todas las provincias del Anáhuac o Nueva España que forman en todo político.

Los ciudadanos que la componen tienen derechos y están sometidos a deberes. Sus derechos son:

1o. **El de libertad, que es el de pensar, hablar, escribir, imprimir y hacer todo aquello que no ofenda los derechos del otro.**

2o. *El de igualdad, que es del ser regidos por una misma ley, sin otras distinciones que las establecidas por ella misma.*

3o. *El de propiedad, que es el de consumir, donar, vender, conservar o exportar lo que sea suyo, sin más limitaciones que las designe la ley.*

4o. *El de no haber por ley sino aquella que fuese acordada por el congreso de sus representantes.*

Sus deberes son:

1o. *Profesarla religión católica, apostólica romana, como única del Estado.*

2o. *Respetar las autoridades legítimamente establecidas.*

3o. *No ofender a sus semejantes.*

4o. *Cooperar al bien general de la nación».*¹⁸⁷

EL Programa del Partido del Progreso José María Luis Mora estableció:

«1° Libertad absoluta de opiniones y supresión de las leyes represivas de la prensa».

El Primer proyecto de Constitución. Constitución Política de la República Mexicana, de 25 de agosto de 1842 estableció:

«Artículo 7o. La Constitución declara a todos los habitantes de la República el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, contenidos en las disposiciones siguientes:

I. Nadie es esclavo en el territorio de la República.

II. La ley es una para todos, y de ella emanan la potestad de los que mandan y las obligaciones de los que obedecen. La autoridad pública no puede más que lo que la ley le concede, y el súbdito puede todo lo justo y honesto que ella no le prohíbe.

*III. **Ninguno puede ser molestado por sus opiniones, y todos tienen derecho para publicarlas, imprimirlas y circularlas de la manera que mejor les convenga. Jamás podrá establecerse la censura, o calificación previa de los***

¹⁸⁷ *Documentos Históricos Constitucionales de las Fuerzas Armadas Mexicanas.* Senado de la República. México, Primera edición, 1965. Cuatro Tomos. Tomo I. p. 109.

escritos, ni ponerse otras trabas a los escritores, editores o impresores, que las estrictamente necesarias para asegurarse de la responsabilidad de los escritores.

IV. Solamente se abusa de la libertad de imprenta, atacando la religión y la moral. Estos abusos serán juzgados y castigados por jurados de imprenta, conforme a lo que dispongan las leyes; y los que se cometieren atacando la vida privada de las personas, serán considerados y tratados como delitos comunes».

El Voto particular de la minoría de la Comisión, al Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, de 25 de agosto de 1842:

«Art. 5o. La Constitución otorga á los derechos del hombre, las siguientes garantías:

Libertad personal

I. Todos los habitantes de la República son libres, y los esclavos que pisen su territorio quedan en libertad por el mismo hecho.

II. La libertad de las ideas está fuera del poder de la sociedad: su manifestación privada en el seno de la familia ó de la amistad, no puede ser objeto de que ataque los derechos de otro, ó de provocación á algún crimen: la ley fijará terminantemente estos últimos casos.

III. La libertad de imprenta no tiene más límites que el respeto á la vida privada y á la moral. Jamás podrá establecerse la censura, ni exigirse fianza de los autores, editores ó impresores, ni hacer que la responsabilidad pase a otro que al que firme el escrito, ó al culpado de que este no tenga responsable.

IV. Todo habitante de la República tiene derecho de viajar por su territorio, de mudar su residencia cuando le convenga y de transportar fuera de ella su persona y sus bienes, salvo en todo caso el derecho de tercero».

El Segundo proyecto de constitución, leído en la Sesión del Congreso del 3 de noviembre de 1842, de 3 de noviembre de 1842 establece:

«TÍTULO III

Garantías individuales

Artículo 13. La Constitución reconoce en todos los hombres los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías. (17)

IX. Ninguno puede ser molestado por sus opiniones, y todos tienen derecho para publicarlas, imprimirlas y circularlas de la manera que mejor les convenga. (26)

X. Jamás podrá establecerse la censura o calificación previa de los escritos, ni exigirse fianza a los autores, editores o impresores, ni ponerse otras trabas que las estrictamente necesarias para asegurarse de la responsabilidad de los escritores. (27)

Solamente se abusa de la libertad de imprenta, atacando (directamente) el dogma religioso o la moral pública. Estos abusos serán juzgados y castigados por jurados de imprenta, conforme a lo que dispongan las leyes. (29)»

Las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa establecida conforme a decretos, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional de 14 de junio de 1843 establecieron lo siguiente:

«Artículo 9.- Derechos de los habitantes de la República.

II. Ninguno puede ser molestado por sus opiniones: todos tienen derecho para imprimirlas y circularlas sin necesidad de previa calificación o censura. No se exigirá fianza a los autores, editores o impresores.

III. Los escritos que versen sobre el dogma religioso o las sagradas escrituras se sujetarán a las disposiciones de las leyes vigentes: en ningún caso será permitido escribir sobre la vida privada.

IV. En todo juicio sobre delitos de imprenta intervendrán jueces del hecho, que harán las calificaciones de acusación y de sentencia».

Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de Mayo 15, 1856 establecía lo siguiente:

«Artículo 35. A nadie puede molestarte por sus opiniones: la exposición de éstas sólo puede ser calificada de delito en el caso de provocación a algún crimen, de ofensa a los derechos de un tercero, o de perturbación del orden público. El

ejercicio de la libertad de imprenta se arreglará a la ley vigente o a la que dicte el gobierno general».

La Constitución de 1857 estableció:

«Artículo 6.- La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún crimen o delito, o perturbe el orden público.

Artículo 7.- 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 límite que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. Los delitos de imprenta serán juzgados por un jurado que califique el hecho, y por otro que aplique la ley y designe la pena».

El Decreto del Gobierno sobre Libertad de Imprenta, de Febrero 2, 1861 estableció lo siguiente:

«Artículo 3o. Se falta a la vida privada, siempre que se atribuya a un individuo algún vicio o delito, no encontrándose este último declarado por los tribunales.

Artículo 4o. Se falta a la moral defendiendo o aconsejando los vicios o delitos.

Artículo 5o. Se ataca el orden público, siempre que se excita a los ciudadanos a desobedecer las leyes o las autoridades legítimas o a hacer fuerza contra ellas.

*Artículo 6o. Las faltas de la vida privada se castigarán con prisión que no baje de quince días ni exceda de seis meses».*¹⁸⁸

La Ley Zapatista de Imprenta de 8 de enero de 1916 estableció:

*«**Considerando:** las restricciones establecidas por nuestras leyes al empleo de la imprenta, relativas a los ataques a la vida privada, la moral y la paz pública, son*

¹⁸⁸ De la crisis del modelo borbónico al establecimiento de la República Federal. Gloria Villegas Moreno y Miguel Angel Porrúa Venero (Coordinadores) Margarita Moreno Bonett. Enciclopedia Parlamentaria de México, del Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados, LVI Legislatura. México. Primera edición, 1997. Serie III. Documentos. Volumen I. Leyes y documentos constitutivos de la Nación mexicana. Tomo II. p. 970.

demasiado vagas y dan lugar a los abusos de los gobernantes, convirtiendo la libertad de la prensa en una amarga ironía y nulificando ese principio que debe ser amplio y absoluto;

...

***Art. 2o.** La calumnia, la injuria, o cualquiera infracción de la ley penal, cometidas por medio de la prensa, serán juzgadas por el "jurado Popular" que calificará el hecho y aplicará la pena de acuerdo con la ley, sin que esa pena pueda exceder, en ningún caso, de la que corresponda al mismo delito cometido por otros medios».*

A propósito de todo lo anterior, Daniel Cosío Villegas dice que el mexicano se convierte en simulador: conserva la piel de las ideas europeas y la cáscara de las instituciones norteamericanas, pero el relleno es tan aborigen como el picadillo del chile poblano.

«Tal ha pasado, no digamos con el concepto y las instituciones democráticas, sino con la libertad de imprenta, un simple, aunque decisivo sostén de ellas. Sin pretender siquiera bosquejar su historia, con facilidad puede distinguirse el abismo que separa en este asunto a los constituyentes del 57 de los ideólogos porfiristas y de los neoporfiristas de hoy.

***La primera diferencia es que los viejos constituyentes creían honrada, sincera, infantilmente a veces, lo que decían, mientras que los teóricos porfiristas y neoporfiristas usan un lenguaje laudatorio de la libertad de imprenta que suena a fingido y es fingido.** De aquí la segunda distinción: la creencia de unos y el descreimientos de los otros se traduce inevitablemente en una conducta diversa. Los artículos 6º y 7º de la Constituciones liberales y revolucionaria presentan apenas una diferencia de sustancia: la primera estatuye jurados populares para conocer los delitos de imprenta y la segunda, la prohibición de secuestrar una imprenta como "instrumento del delito".*

Esta variante tiene ya sentido, además de revelar la superioridad técnico-jurídica de los constituyentes del 57, que evitaron cuanto pudieron salpicar el texto principal de la Constitución con disposiciones meramente reglamentarias, se ve, no que los primeros eran más inteligentes que los segundos (como sin duda lo fueron), sino que sentían más vivamente la misión de una prensa libre en una

sociedad que pretendía vivir democráticamente. En efecto, se fueron al corazón del problema, a protegerla y con ese fin, no vacilaron en crear un fuero especial para los periodistas. Consistía él en que fueran juzgados por autoridades especiales y conforme a una legislación con todos los visos de ser privativa.

Para medir la plena significación de este proceder, debe recordarse, primero, que los legisladores mexicanos fueron lentísimo para expedir las leyes reglamentarias que exigían numerosos artículos de la Constitución, de modo que algunos jamás fueron reglamentados en los sesenta años de su vigencia. Entonces, haber reglamentado el artículo 7º representaba un esfuerzo especial. La segunda, y más importante, que buena parte del ardor liberal se había nutrido del propósito de abolir todos los fueros, sobre todo el religioso y el militar. Por eso resultaba flagrantemente contradictorio que habiéndolos, en efecto, suprimido, el liberal puro creara al mismo tiempo uno nuevo para un grupo de que parecía poder representar en la nueva sociedad lo mucho que en la vieja significaron el clero y el ejército. En cambio, a los constituyentes del 17 apenas se les ocurrió proteger al taller tipográfico, uno solo de los elementos, y no el más importante, que concurren a la hechura de una publicación periódica...»¹⁸⁹

Los límites que menciona el artículo son los siguientes:

- La moral. Independientemente del relativismo moral, es posible entender un núcleo ético en las sociedades, como puede ser ahora por medio de los derechos humanos.

La Sala Auxiliar en el **Amparo directo 1982/70** determinó que las buenas costumbres no son las que se apegan a las normas científicas y técnicas necesariamente, sino las normas que forman la moral general y social de una colectividad humana en unos lugares y tiempo determinados.¹⁹⁰

Imaginen ustedes, en 1937 la Suprema Corte decía:

¹⁸⁹ COSIO VILLEGAS, Daniel, *Labor periodística*, México.

¹⁹⁰ Informe 1975, Tercera Parte, Sala Auxiliar, página 66.

*«Dado el carácter variable de la noción de buenas costumbres y de moral pública, según sea el ambiente o grado de cultura de una comunidad determinada, es necesario dejar a los Jueces el cuidado de determinar cuáles actos pueden ser considerados como impúdicos, obscenos o contrarios al pudor público. A falta de un concepto exacto y de reglas fijas en materia de moralidad pública, tiene el Juez la obligación de interpretar lo que el común de las gentes entienden por obsceno u ofensivo al pudor, sin recurrir a procedimientos de comprobación, que sólo son propios para resolver cuestiones puramente técnicas. Es el concepto medio moral el que debe servir de norma y guía al Juez, en la decisión de estos problemas jurídicos y no existe en tan delicada cuestión, un medio técnico preciso que lleve a resolver, sin posibilidad de error, lo que legalmente debe conceptuarse como obsceno. Por tanto, no es la opinión de unos peritos, que no los puede haber en esta materia, la que debe servir de sostén a un fallo judicial, ni es la simple interpretación lexicológica, el único medio de que se puede disponer para llegar a una conclusión; debe acudir, a la vez, a la interpretación jurídica de las expresiones usadas por el legislador y a la doctrina, como auxiliares en el ejercicio del arbitrio judicial que la ley otorga a los Jueces y tribunales».*¹⁹¹

De todos modos, el Estado no puede privilegiar un determinado criterio de decencia, estética o decoro respecto a las expresiones que podrían ser bien recibidas, ya que no existen parámetros uniformemente aceptados que puedan delimitar el contenido de estas categorías, por lo cual constituyen limitaciones demasiado vagas de la libertad de expresión como para ser constitucionalmente admisibles.

- Los derechos de tercero. Se encuentran principalmente los derechos humanos como la intimidad, el derecho a la imagen, entre otros. Desde mi perspectiva los límites a la libertad de expresión deben estar nucleados en los derechos de

¹⁹¹ S.J.F, 5a. Época; 1a. Sala;.; Tomo LVI; Pág. 133.

tercero. Cualquier otra cláusula debe tener un principio de afectación en los terceros.

- Provoque algún delito. De todas maneras esta prohibición no significa una carta abierta al Legislador para que penalice las conductas sin límite.
- Perturbe el orden público. Se refiere a la paz pública.

Ignacio Villaverde sostiene que la libertad de expresión no puede ser un mecanismo jurídico para proteger únicamente las ideas, opiniones o informaciones *verdaderas, correctas o democráticamente valiosas*, porque se transformaría en un instrumento coactivo.¹⁹² Francisco J. Laporta afirma que lo único que queda excluido del ámbito máximo de lo que puede ser dicho y debatido públicamente en libertad es el insulto puro y simple (insulto infamante), el libelo mentiroso, la invasión de la intimidad de personas privadas y, en versiones más conservadoras, la simple obscenidad.¹⁹³

En el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta se publicó el siguiente criterio:

«LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA CONSTITUCIÓN NO RECONOCE EL DERECHO AL INSULTO. Si bien es cierto que cualquier individuo que participe en un debate público de interés general debe abstenerse de exceder ciertos límites, como el respeto a la reputación y a los derechos de terceros, también **lo es que está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, puede ser un tanto desmedido en sus declaraciones,** y es precisamente en las expresiones que puedan ofender, chocar, perturbar, molestar, inquietar o disgustar donde la libertad de expresión resulta más valiosa. Así pues, no todas las críticas que supuestamente agraven a una persona, grupo, o incluso a la sociedad o al Estado pueden ser descalificadas y objeto de responsabilidad legal, aunque el uso de la libertad de expresión para criticar o atacar mediante el

¹⁹² ibídem, p.8.

¹⁹³ ibídem, p 95.

empleo de términos excesivamente fuertes **y sin articular una opinión, puede conllevar una sanción que no resultaría violatoria de la libertad de expresión.** En este sentido, es importante enfatizar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita, sin embargo, tampoco veda expresiones inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, aun cuando se expresen acompañadas de expresiones no verbales, sino simbólicas. Consecuentemente, el derecho al honor prevalece cuando la libertad de expresión utiliza frases y expresiones que están excluidas de protección constitucional, es decir, **cuando sean absolutamente vejatorias, entendiéndose como tales las que sean: a) ofensivas u oprobiosas, según el contexto; y, b) impertinentes para expresar opiniones o informaciones, según tengan o no relación con lo manifestado.** Respecto del citado contexto, su importancia estriba en que la situación política o social de un Estado y las circunstancias concurrentes a la publicación de la nota pueden disminuir la significación ofensiva y aumentar el grado de tolerancia». **1a./J. 31/2013 (10a.)**

De igual modo sostuvo lo siguiente:

«LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. EXPRESIONES QUE SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS CONSTITUCIONALMENTE. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, **existe una presunción general de cobertura constitucional de todo discurso expresivo.** Cuando las ideas expresadas tienen por objeto exteriorizar un sentir positivo o favorable hacia una persona, resulta inconcuso que no habría una intromisión al derecho al honor de la persona sobre la cual se vierten las ideas u opiniones. Lo mismo puede decirse de aquellas ideas que, si bien críticas, juzguen a las personas mediante la utilización de términos cordiales, decorosos o simplemente bien recibidos por el destinatario. Lo anterior evidencia que no existe un conflicto interno o en abstracto entre los derechos a la libertad de expresión y al honor. Así, **el estándar de constitucionalidad de las opiniones emitidas en ejercicio de la libertad de expresión es el de relevancia pública, el cual depende del interés general por la materia y por las personas que en ella intervienen, cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado, pues en caso contrario ni siquiera existiría un conflicto entre**

derechos fundamentales, al no observarse una intromisión al derecho al honor. Es necesario matizar que si la noticia inexacta involucra a figuras particulares en cuestiones particulares no tiene aplicación la doctrina de la "real malicia", funcionando en su reemplazo los principios generales sobre responsabilidad civil, lo cual opera de la misma forma cuando se trate de personas con proyección pública pero en aspectos concernientes a su vida privada. Ahora bien, la relación entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, como el honor, se complica cuando la primera se ejerce para criticar a una persona, de forma tal que ésta se sienta agraviada. La complejidad radica en que el Estado no puede privilegiar un determinado criterio de decencia, estética o decoro respecto a las expresiones que podrían ser bien recibidas, ya que no existen parámetros uniformemente aceptados que puedan delimitar el contenido de estas categorías, por lo cual constituyen limitaciones demasiado vagas de la libertad de expresión como para ser constitucionalmente admisibles. De hecho, el debate en temas de interés público debe ser desinhibido, robusto y abierto, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y desagradablemente mordaces sobre personajes públicos o, en general, ideas que puedan ser recibidas desfavorablemente por sus destinatarios y la opinión pública, de modo que no sólo se encuentran protegidas las ideas que son recibidas favorablemente o las que son vistas como inofensivas o indiferentes. Estas son las demandas de una sociedad plural, tolerante y abierta, sin la cual no existe una verdadera democracia». 1a./J. 32/2013 (10a.).

La Ley Sobre Delitos de Imprenta establece:

«Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, el jueves 12 de abril de 1917.

El C. Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, con esta fecha se ha servido dirigirme el siguiente decreto:

"Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de las facultades de que me encuentro investido, y entre tanto el Congreso de la Unión reglamente los artículos 6 y 7 de la Constitución General de la República, he tenido a bien expedir la siguiente:

LEY

Artículo 1o.- (Derogado, D.O.F. 11 de enero de 2012)

Artículo 2o.- Constituye un ataque a la moral:

I.- Toda manifestación de palabra, por escrito, o por cualquier otro de los medios de que habla la fracción I del artículo anterior, con la que se defiendan o disculpen, aconsejen o propaguen públicamente los vicios, faltas o delitos, o se haga la apología de ellos o de sus autores;

II.- Toda manifestación verificada con discursos, gritos, cantos, exhibiciones o representaciones o por cualquier otro medio de los enumerados en la fracción I del artículo 2o. con la cual se ultraje u ofenda públicamente al pudor, a la decencia, o a las buenas costumbres o se excite a la prostitución o a la práctica de actos licenciosos o impúdicos, teniéndose como tales todos aquéllos que, en el concepto público, estén calificados de contrarios al pudor;

III.- Toda distribución, venta o exposición al público, de cualquiera (sic) manera que se haga, de escritos, folletos, impresos, canciones, grabados, libros, imágenes, anuncios, tarjetas u otros papeles o figuras, pinturas, dibujos o litografiados de carácter obsceno (sic) o que representen actos lúbricos (sic).

Artículo 3o.- Constituye un ataque al orden o a la paz pública:

I.- Toda manifestación o exposición maliciosa hecha públicamente por medio de discursos, gritos, cantos, amenazas, manuscritos, o de la imprenta, dibujo, litografía, fotografía, cinematógrafo, grabado o de cualquier otra manera, que tenga por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones fundamentales del país; o con los que se injuria a la Nación Mexicana, o a las Entidades Políticas que la forman;

II.- Toda manifestación o expresión hecha públicamente por cualquiera de los medios de que habla la fracción anterior, con la que se aconseje, excite o provoque directa o indirectamente al Ejército a la desobediencia, a la rebelión, a la dispersión de sus miembros, o a la falta de otro u otros de sus deberes; se aconseje, provoque o excite directamente al público en general a la anarquía, al motín, sedición o rebelión, o a la desobediencia de las leyes o de los mandatos legítimos de la autoridad; se injurie a las autoridades del país con el objeto de atraer sobre ellas el odio, desprecio o ridículo; o con el mismo objeto se ataque a los cuerpos públicos colegiados, al Ejército o Guardia Nacional o a los miembros de aquéllos y éstas, con motivo de sus funciones; se injurie a las naciones amigas, a los soberanos o Jefes de ellas o a sus legítimos representantes en el país; o se aconseje, excite o provoque a la Comisión de un delito determinado.

III.- La publicación o propagación de noticias falsas o adulteradas sobre acontecimientos de actualidad, capaces de perturbar la paz o la tranquilidad de la República o en alguna parte de ella, o de causar el alza o baja de los precios de las mercancías o de lastimar el crédito de la Nación o de algún Estado o Municipio, o de los bancos legalmente constituidos (sic).

IV.- Toda publicación prohibida por la ley o por la autoridad por causa de interés público, o hecha antes de que la ley permita darla a conocer al público.

Artículo 4o.- En los casos de los tres artículos que preceden, se considera maliciosa una manifestación o expresión cuando por los términos en que está concebida sea ofensiva, o cuando implique necesariamente la intención de ofender».

El artículo 1º fue derogado el 11 de enero de 2012. Lo derogado decía:

«Artículo 1o.- Constituyen ataques a la vida privada:

I.- Toda manifestación o expresión maliciosa hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por medio de manuscrito, o de la imprenta, del dibujo, litografía, fotografía o de cualquier otra manera que expuesta o circulando en público, o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensajes, o de cualquier otro modo, exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito o en su reputación o en sus intereses;

II.- Toda manifestación o expresión maliciosa hecha en los términos y por cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior, contra la memoria de un difunto con el propósito o intención de lastimar el honor o la pública estimación de los herederos o descendientes de aquél, que aún vivieren;

III.- Todo informe, reportazgo o relación de las audiencias de los jurados o tribunales, en asuntos civiles o penales, cuando refieran hechos falsos o se alteren los verdaderos con el propósito de causar daño a alguna persona, o se hagan, con el mismo objeto, apreciaciones que no estén ameritadas racionalmente por los hechos, siendo éstos verdaderos;

IV.- Cuando con una publicación prohibida expresamente por la Ley, se compromete la dignidad o estimación de una persona, exponiéndola al odio, desprecio o ridículo, o a sufrir daños o en su reputación o en sus intereses, ya sean personales o pecuniarios».

En el Dictamen de la Cámara de Origen se dijo:

«La iniciadora sostiene que, al amparo de disposiciones de naturaleza penal, los gobernantes en turno, han aplicado todo el rigor de la ley a aquellos que se atrevían a discrepar respecto de su forma de gobernar, inhibiendo lo más sagrado de todo gobierno que se precie de ser democrático, la facultad de disentir y el derecho inalienable de expresar sus opiniones.

Los acusados por los llamados delitos de imprenta eran juzgados como criminales de la peor peligrosidad, incluso los impresores y papeleros, calificados de cómplices, a pesar de tener sólo un papel incidental en la elaboración y distribución de escritos considerados como subversivos, si se trataba de textos críticos al poder o a la norma imperante.

La plena reintegración de la libertad de expresión en la Constitución de 1917 puede considerarse como uno de los mayores triunfos que pudo alcanzar el pueblo mexicano en su evolución política.

La exposición de motivos de la iniciativa hace referencia a las reformas recientes por las que se derogaron del Código Penal Federal los delitos de difamación y calumnias, así como las correlativas reformas al Código Civil Federal, para que cualquier infracción contra el honor o reputación sea resarcida por la vía civil, salvaguardando la garantía constitucional.

Por lo anterior, la iniciadora propone derogar los artículos 1o. y 31 de la Ley sobre Delitos de Imprenta, referentes a las sanciones punitivas por atacar la vida personal y privada».

Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal establece:

«Artículo 5.- El derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen serán protegidos civilmente frente a todo daño que se les pudiere causar derivado de acto ilícito, de acuerdo con lo establecido en la presente ley.

Artículo 6.- Los derechos de la personalidad corresponden a las personas físicas y son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables.

La persona moral también goza de estos derechos, en lo que sea compatible con la naturaleza jurídica de ésta.

Artículo 9.- Es vida privada aquella que no está dedicada a una actividad pública y, que por ende, es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa; y en donde, en principio, los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia ni les afecta.

Artículo 10.- El derecho a la vida privada se materializa al momento que se protege del conocimiento ajeno a la familia, domicilio, papeles o posesiones y todas aquellas conductas que se llevan a efecto en lugares no abiertos al público, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho.

Artículo 11.- Como parte de la vida privada se tendrá derecho a la intimidad que comprende conductas y situaciones que, por su contexto y que por desarrollarse en un ámbito estrictamente privado, no están destinados al conocimiento de terceros o a su divulgación, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho.

Artículo 12.- Los hechos y datos sobre la vida privada ajena no deben constituir materia de información. No pierde la condición de íntimo ni de vida privada aquello que ilícitamente es difundido.

Artículo 13.- El honor es la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social de un sujeto y comprende las representaciones que la persona tiene de sí misma, que se identifica con la buena reputación y la fama.

El honor es el bien jurídico constituido por las proyecciones psíquicas del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, atendiendo a lo que la colectividad en que actúa considera como sentimiento estimable.

Artículo 14.- El carácter molesto e hiriente de una información no constituye en sí un límite al derecho a la información, para sobrepasar el límite de lo tolerable, esas expresiones deberán ser insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones, innecesarias en el ejercicio de la libertad de expresión y derecho a la información. Por lo tanto, la emisión de juicios insultantes por sí mismas en cualquier contexto, que no se requieren para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad humana.

Artículo 15.- En ningún caso se considerará como ofensas al honor, los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un

derecho siempre que el modo de proceder o la falta de reserva, cuando debió haberla, no demuestre un propósito ofensivo.

Artículo 16.- La imagen es la reproducción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material.

Artículo 17.- Toda persona tiene derecho sobre su imagen, que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando, o no, la captación o difusión de la misma.

Artículo 18.- Para efectos del presente Capítulo, constituirá acto ilícito la difusión o comercialización de la imagen de una persona sin su consentimiento expreso.

Artículo 19.- La imagen de una persona no debe ser publicada, reproducida, expuesta o vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, por la función pública que desempeñe o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público y sean de interés público.

Artículo 20.- Cuando la imagen de una persona sea expuesta o publicada, fuera del caso en que la exposición o la publicación sea consentida, con perjuicio de la reputación de la persona, la autoridad judicial, por requerimiento del interesado, puede disponer que cese el abuso y se reparen los daños ocasionados».

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el Amparo Directo 74/2012, en el que negó el amparo a un particular que reclamaba la reparación de daño moral toda vez que, según él, viola su derecho al honor la nota periodística "Fraude un juez lo reclama". Defraudó con agua, que lo señala como defraudador, sin que mediara sentencia que esclareciera esta situación.

El fundamento de la negativa es porque la nota en cuestión da cuenta de la orden de aprehensión girada en contra del aquí quejoso, por presuntamente timar a ejidatarios respecto de la transmisión de derechos para la explotación de agua, con lo cual no se vulneran los límites establecidos por los artículos 6° y 7° constitucionales, ya que, la nota cumple con los requisitos de veracidad e imparcialidad, al reflejar en un grado razonable los hechos que dieron lugar a la aprehensión del quejoso y, por lo mismo, está protegida constitucionalmente. En el caso, un particular promovió amparo en contra de una resolución, dictada en un

juicio ordinario civil, que absolvió de la reparación de daño moral a todas las personas que participaron de manera directa o indirecta en la publicación de la nota periodística antes referida y, a juicio del quejoso, ésta vulneró su derecho al honor, puesto que, como se ha dicho, en ella se referían los supuestos hechos que dieron lugar al proceso penal en su contra.

La Primera Sala al negarle el amparo quejoso, argumentó que el requisito de veracidad está condicionado a que la nota periodística **esté respaldada por un razonable ejercicio de investigación y comprobación encaminado a determinar que la información tiene suficiente asiento en la realidad, requisito que se cumple en el caso concreto.** Asimismo, también cumple con el requisito de imparcialidad, puesto que no se advierte que se haya tergiversado abiertamente la realidad, y que intencionalmente se haya difundido información inexacta.

No obstante, señalaron los Ministros, cabe precisar que no se ha sostenido que el quejoso sea culpable del delito de fraude. El objeto de este asunto no es pronunciarse sobre los juicios penales que se siguieron en su contra, sino sólo analizar si tal publicación cumple con los requisitos antes mencionados.

Por otra parte, agregaron, es evidente que la información difundida era de interés público para la comunidad del estado de Michoacán, puesto que ponía sobre aviso a los lectores, de que se había instaurado un proceso penal de fraude por la venta de agua en contra de una persona que ofrecía servicios para dichos efectos.

Por tanto, si se pondera el beneficio generado, frente a la afectación ocasionada, puede concluirse que debe protegerse el derecho a la información de los terceros perjudicados, puesto que ha de prevalecer el derecho de la comunidad de informarse para tomar las medidas adecuadas, frente al perjuicio ocasionado al quejoso al detener sus ingresos derivados de ese negocio.

Al resolver el Amparo Directo en Revisión 2411/2012, la Primera Sala de la Suprema Corte determinó:

DERECHO AL HONOR Y PRESTIGIO PROFESIONAL. *Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a.XX/2011 (10a.), de rubro “DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA”, sostuvo que el derecho al honor tiene una dimensión objetiva o externa, conforme a la cual éste puede definirse como el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros. En esta dimensión, el derecho al honor ampara la buena reputación de una persona en sus cualidades morales y profesionales, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio. Por lo mismo, esta Primera Sala estima que en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor. En esos supuestos, los mensajes absolutamente vejatorios de una persona, se dirigen contra su comportamiento en el ámbito en el que desempeña su labor u ocupación, pudiendo hacerle desmerecer ante la opinión ajena con igual intensidad y daño que si la descalificación estuviese dirigida directamente a su persona o sus cualidades morales. Esto es así porque la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás llegasen a pensar de una persona, pudiendo repercutir tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga. No obstante, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estima que la simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse sin más con un atentado contra el honor, ya que el no ser en la consideración de un tercero un buen profesional o el idóneo para realizar determinada actividad no constituye per se un ataque contra su honor. Las críticas a la aptitud profesional de otra persona serán lesivas del derecho al honor cuando, sin ser una expresión protegida por la libertad de expresión o el derecho a la información, constituyan:*

(i) una descalificación de la probidad profesional de una persona que pueda

dañar grave e injustificada o infundadamente su imagen pública, o (ii) críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, en el fondo impliquen una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales. Amparo directo en revisión 2411/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos; José Ramón Cossío Díaz se reservó su derecho para formular voto concurrente. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

En el asunto se dijo lo siguiente:

El término “autoviolación” tiene su origen en el comentario previo a la reproducción en el programa de la cuarta grabación, que corresponde a una llamada telefónica entre Ulises Ruiz y Eviel Pérez Magaña¹⁹⁴. En dicha grabación, entre otros temas, los actores políticos hicieron mención a la empresaria oaxaqueña Aurora López Acevedo –simpatizante con el candidato de la Alianza Opositora–, quien había denunciado que había sido secuestrada y violada por un miembro del equipo de campaña de Eviel Pérez Magaña. Los interlocutores discutieron la estrategia que se debía adoptar en la campaña electoral de Pérez Magaña en relación con la denuncia presentada por la empresaria López Acevedo, refiriéndose a ella, entre otros peyorativos, como una “autoviolada”¹⁹⁵

Esta terminología de la “autoviolación”, es retomada por el señor Meyer en dos ocasiones en su opinión expresada en la mesa de análisis, con la intención de destacar la forma tan “colorida” en la que se expresaba el entonces Gobernador de Oaxaca. La primera, en relación con los ciudadanos del Estado de Oaxaca, pues estimaba que si ellos volvían a votar por el Partido Revolucionario Institucional serían «–para usar el propio concepto de Ulises Ruiz– una ciudadanía “autoviolada”». La segunda alusión a la terminología de la “autoviolación” corresponde al comentario reclamado por los recurrentes, en

¹⁹⁴ Anexo I, pista 2, 1:25:00 a 1:26:05.

¹⁹⁵ Conforme a lo que expresó Carmen Aristegui antes de transmitir la grabación, se le llama “autoviolada” a la señora López Acevedo para hacer referencia al presunto autosequestro de José Murat cuando se le retiró la vigilancia que tenía como exgobernador. Anexo I, pista 2, 1:226:05 a 1:35:40.

relación con una actitud que consideró como contraria a la “ética del periodismo” por parte de quienes ejercen dicha actividad.

*En consecuencia, **la forma en la que se expresó la opinión del señor Meyer no puede ser considerada como absolutamente vejatoria.***

*Aunado a lo anterior, en el caso particular se advierte que la expresión del señor Meyer Cosío, relativa a una “autoviolación de la ética periodística” y los argumentos de los recurrentes sobre la violación de su derecho al honor, están vinculados con una vertiente muy específica de éste derecho, como lo es **el prestigio profesional.***

Esta Primera Sala considera, además, como acertadamente lo ha señalado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión que uno de los mecanismos idóneos tendientes a promover el comportamiento ético de los medios de comunicación, es la crítica a los propios medios de comunicación. Esta crítica, enfocada a denunciar distorsiones, omisiones, posiciones o incluso noticias ignoradas puede ser llevada a cabo por organizaciones no gubernamentales o, inclusive, por otros medios de comunicación privados¹⁹⁶.

Así las cosas, como se dijo con anterioridad, el comentario se dio en el contexto de una tertulia política, inserta en una mesa de debates instaurada para analizar la situación electoral de Oaxaca y el contenido de cuatro grabaciones relacionadas con personajes involucrados en dichas elecciones. Además, el comentario es simplemente la opinión de un periodista sobre cómo otros ejercen la misma profesión.

Al resolver el **Amparo Directo en Revisión 931/2012**, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió que tomando en consideración que la naturaleza del derecho a la libertad de expresión consiste de forma primordial en la manifestación de ideas y, por otro lado, que la naturaleza del derecho al honor se refiere al concepto que una persona tiene sobre sí misma o que la sociedad se ha formado sobre ella, es que resulta claro no sólo que ambos derechos fundamentales pueden gozar de eficacia en las relaciones con otros particulares, sino que, adicionalmente, puede presentarse una colisión entre los mismos. En consecuencia, en aquellos asuntos en los cuales el conflicto primigenio se origine

¹⁹⁶ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe anual de 2001, capítulo IV.C, apartado 4, párr. 29.

porque un particular alegue que se ha violentado su derecho al honor, y otro particular señale que las manifestaciones combatidas se ejercieron dentro de los límites de la libertad de expresión, se tratarán de forma indefectible de casos en los cuales se actualiza la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en pugna, situación que conlleva una colisión entre los mismos, ante lo cual, el juzgador deberá proceder a un ejercicio de ponderación y análisis de éstos.

El **Amparo Directo 3/2011** de acuerdo con las razones expuestas en el presente considerando, la Primera Sala concedió el amparo a Random House Mondadori, S.A. de C.V. y a Lidia María Cacho Ribeiro para el efecto de que la Sala responsable dejara sin efectos la sentencia reclamada y en su lugar dicte otra en la que siguiendo los lineamientos de esta ejecutoria considere infundada la acción intentada por la actora y absuelva a las quejas de todas las pretensiones reclamadas, toda vez que la información íntima difundida en el libro Los Demonios del Edén. El poder que protege a la pornografía infantil es indudablemente de interés público y ambas quejas cumplieron con el estándar de diligencia que imponía a cada una de ellas la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, que es el ordenamiento aplicable a este caso concreto.

Dijo que si un periodista que difunde información íntima de una persona que considera de interés público tomó diversas medidas, como ocultar el rostro de las personas que aparecen en las imágenes que difunde y utilizar seudónimos para referirse a las personas mencionadas en su trabajo, es indudable que dicho periodista fue diligente en la difusión de esa información. Si bien es posible que esas medidas eventualmente no sean totalmente eficaces, entre otras razones porque el periodista no controla todos los factores que pueden llegar a conducir a la identificación de la persona a la que se refiere la información, no debe atribuirse responsabilidad al periodista porque el estándar exige que su negligencia sea de una magnitud muy considerable.

Esto es lo que ocurre en el caso concreto. Quizás pueda discutirse si las medidas instrumentadas por Lidia Cacho fueron las más idóneas o incluso si fueron suficientes para evitar la identificación de la tercera perjudicada. Pero lo cierto es que la periodista utilizó las medidas de diligencia que le exigía su profesión con la finalidad de que no pudiera saberse la identidad de la persona cuya información personal estaba revelando. De no haber utilizado ninguna de ellas tal vez podría argumentarse que su negligencia hubiera sido inexcusable. Sin embargo, es evidente que la conducta de la periodista no satisface el criterio subjetivo de imputación exigido por la ley. En consecuencia, la difusión de la información privada de la tercera perjudicada está amparada por la libertad de expresión de la periodista Lidia Cacho.

A continuación el criterio reciente de la Primera Sala.

- Para poder decidir si este tipo de información es de interés público, se requiere corroborar **si la invasión a la intimidad ocasionada por su divulgación es proporcional**. Este segundo componente del test de interés público persigue descartar aquellos casos en los que, existiendo una conexión patente entre la información difundida y un tema de interés público, la intensidad de la intromisión no guarda una razonable correspondencia con la importancia de la información de interés público. Ahora bien, para determinar la intensidad de la invasión se deberá atender a factores relacionados con la persona afectada y la información divulgada. En el primer caso, deben examinarse, entre otros aspectos, si la persona afectada es un servidor público o un particular con proyección pública, así como la circunstancia de si trató de evitar o fomentó su exposición pública en relación con ese tema. En el segundo caso, resultan relevantes, entre otras cosas, el hecho de que la información íntima se hiciera del conocimiento público antes o después de la publicación por la que se pretende atribuir responsabilidad y si existía una expectativa de confidencialidad sobre la información divulgada. Cabe aclarar que el examen de proporcionalidad en casos de conflicto entre libertad de información y vida privada no se corresponde con el test en tres gradas

(idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) que se utiliza frecuentemente para analizar las intervenciones en derechos fundamentales.

- El componente del test de interés público tiene como función descartar aquellos casos en los que la información privada es completamente irrelevante. La idea que está detrás de esta indagación es el hecho de que los periodistas tienen amplio margen de apreciación sobre estas cuestiones, de manera que **es suficiente constatar que existe una conexión más o menos evidente entre la información divulgada y el tema o la información de interés público**. En este sentido, esta grada del test es incompatible con un escrutinio estricto de la actuación del periodista donde se establezca la “pertinencia”, “conveniencia” o “necesidad” de la información privada difundida. En otras palabras, se requiere corroborar, en un test, la presencia de **dos elementos**: (i) una conexión patente entre la información privada y un tema de interés público; y, (ii) la proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información privada y el interés público de la información.

- Los medios de comunicación deben poder decidir con criterios periodísticos la manera en la que presentan una información o cubren una noticia y contar con un margen de apreciación que les permita, entre otras cosas, evaluar si la divulgación de información sobre la vida privada de una persona está justificada al estar en conexión evidente con un tema de interés público. **No corresponde a los jueces en general, ni a la Suprema Corte en particular, llevar a cabo el escrutinio de la prensa al punto de establecer en casos concretos si una determinada pieza de información es conveniente, indispensable o necesaria para ciertos fines**. Los tribunales no deben erigirse en editores y decidir sobre aspectos netamente periodísticos, como lo sería la cuestión de si ciertos detalles de una historia son necesarios o si la información pudo trasladarse a la opinión pública de una manera menos sensacionalista, en virtud de que permitir a los tribunales un escrutinio muy estricto o intenso de estas decisiones supondría la implementación de una restricción indirecta a la libertad de expresión. No obstante, **tampoco puede aceptarse que los medios de comunicación se inmiscuyan**

indiscriminadamente en la vida privada de las personas so pretexto de realizar un trabajo periodístico. De acuerdo con lo anterior, la publicación de información verdadera sobre la vida privada de una persona sólo estará amparada por la libertad de información cuando el periodista, actuando dentro de ese margen de apreciación, establezca una conexión patente entre la información divulgada y un tema de interés público y exista proporcionalidad entre la invasión a la intimidad producida por la divulgación de la información y el interés público de dicha información. Dicha solución constituye una posición deferente con el trabajo de periodistas y editores que tiene como finalidad **evitar una excesiva interferencia en el ejercicio de la libertad de expresión mientras se protege la vida privada de las personas de intromisiones innecesarias.**

- Si bien la difusión de información íntima no elimina el carácter privado de ésta, sí puede decirse al menos que el hecho de que la información privada **haya sido difundida previamente es un factor que disminuye la intensidad de la violación a la intimidad que comportan las difusiones ulteriores.** Si el hecho en cuestión ha sido ampliamente difundido por terceros o la propia persona lo hizo visible al ojo público, las difusiones subsecuentes constituyen invasiones a la intimidad de una menor intensidad. En consecuencia, este aspecto debe tomarse en cuenta cuando se pretenda atribuir responsabilidad a **una persona que únicamente dio mayor publicidad a información que ya había sido divulgada.** Así, cuando la información privada se hizo del conocimiento público con anterioridad a la intromisión a la vida privada o la intromisión en la intimidad es muy leve por alguna otra razón, debe privilegiarse la publicación de dicha información aun cuando su utilidad social sea mínima.

- La exigencia del artículo 32 del Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal en cuestión de demostrar la negligencia inexcusable del demandado debe entenderse **dentro del contexto del concepto de “culpa”, al constituir una conducta derivada de la falta de cuidado para verificar si la información difundida infringía o no un derecho de la personalidad.** En el caso de la

prensa, el criterio subjetivo de imputación hace referencia a la diligencia exigible en el desempeño de la actividad periodística. Ahora bien, es importante destacar que el legislador tomó la decisión de imponer un estándar muy exigente para poder atribuir responsabilidad civil a un profesional del periodismo como una estrategia para evitar las restricciones indirectas a la libertad de expresión. Al requerir que se trate de una negligencia inexcusable del demandado, el legislador pretendió que **no cualquier clase de negligencia en el ejercicio de la libertad de expresión pudiera servir para justificar una condena por daño moral. La falta de cuidado tiene que ser de tal magnitud que se considere inexcusable.** En consecuencia, si un periodista que difunde información íntima de una persona que considera de interés público instrumentó diversas medidas de diligencia para evitar que esa información pudiera vincularse con la persona, es indudable que dicho periodista no incurrió en negligencia inexcusable en la difusión de esa información. Si bien es posible que esas medidas eventualmente no sean totalmente eficaces, entre otras razones porque el periodista no controla todos los factores que pueden llegar a conducir a la identificación de la persona a la que se refiere la información, no debe atribuirse responsabilidad al periodista porque el estándar exige que su negligencia sea de una magnitud muy considerable.

- **La “malicia efectiva” es el criterio subjetivo de imputación que la Suprema Corte ha adoptado para resolver los casos de responsabilidad civil por ejercicio de la libertad de expresión.** Esto significa que para poder condenar civilmente a una persona en este tipo de asuntos, debe verificarse la existencia de todos los elementos que tienen que estar presentes en cualquier esquema de responsabilidad civil extracontractual que no sea de naturaleza objetiva: (i) la ilicitud de la conducta (vulneración del derecho a la vida privada); (ii) el criterio subjetivo de imputación (dolo o negligencia); (iii) la existencia de un daño (afectación al patrimonio moral de la persona); y (iv) una relación de causalidad entre la conducta ilícita y el resultado dañoso. Así, con independencia de que el artículo 36 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, no contemple entre sus fracciones a la “malicia efectiva”, es evidente que la actualización del

criterio subjetivo de imputación, ya sea dolo o negligencia (dependiendo de quién sea la persona afectada y el derecho que esté en juego), es un presupuesto indispensable para poder adscribir responsabilidad civil a una persona por la emisión de una expresión no cubierta por la libertad de información.

- **La exigencia de que las normas que establecen responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión sean claras y precisas se refiere únicamente a casos donde la responsabilidad examinada es de naturaleza penal.** En la jurisprudencia interamericana, la obligación de utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, está circunscrita a la redacción de tipos penales. En este sentido, las exigencias de redacción clara y precisa, como se dependen del principio de taxatividad en materia penal, no pueden trasladarse al ámbito de las normas que regulan la responsabilidad civil. Por lo tanto, las conductas ilícitas que dan lugar a una reparación del daño no tienen que cumplir con la exigencia de tipicidad, de tal suerte que no se requiere que estén descritas de forma clara y precisa en una ley anterior al hecho. Así, la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, no viola los principios de cobertura legal y redacción clara y precisa.

- **Si se parte de la premisa de que los hechos delictivos repercuten de manera negativa en la sociedad, es innegable que las investigaciones periodísticas encaminadas a su esclarecimiento y difusión están dotadas de un amplio interés público.** La comisión de los delitos, así como su investigación y los procedimientos judiciales correspondientes, son eventos de la incumbencia del público y, consecuentemente, la prensa está legitimada para realizar una cobertura noticiosa de esos acontecimientos. Dicha cobertura no sólo tiene el valor de una denuncia pública o de una contribución al escrutinio de la actuación de las autoridades encargadas de investigar y sancionar esos delitos, sino que ayuda a comprender las razones por las cuales las personas los cometen, además de que esa información también sirve para conocer las circunstancias que concurren para que tenga lugar el fenómeno delictivo.

- El artículo 37 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal en cita cumple con la exigencia de materialidad y acreditación del daño. **En primer lugar, el precepto en cuestión asigna la carga de la prueba a quien alega la afectación en sus derechos de la personalidad. En segundo lugar, la norma no establece una responsabilidad por riesgo, toda vez que dice claramente que el actor deberá probar el daño. Y en tercer lugar, su segundo párrafo tampoco contempla una prueba preconstituida sobre la afectación.** Como lo señala claramente el precepto, lo que regula dicho párrafo es la forma de cuantificar o valorar el daño. Desde el punto de vista conceptual, la cuantificación o valoración del daño es una operación que tiene que realizarse una vez que se ha demostrado la existencia de éste. Dicho de otra forma, para valorar la cuantía del daño se requiere mostrar previamente que ocurrió una afectación al patrimonio moral. En este sentido, el citado precepto no viola el principio de materialidad y acreditación del daño.

- El Título Quinto de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal cumple **cabalmente con la doctrina de la Suprema Corte sobre la gradación de los medios de exigencia de responsabilidad.** En este sentido, los artículos 39 y 41 contemplan distintas medidas para reparar el daño causado por el ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión, que consisten en la publicación de la sentencia condenatoria a costa del demandado o, en su defecto, a través de una indemnización. El propio artículo 41 establece una serie de criterios que deberán ser tomados en cuenta al momento de fijar la indemnización, los cuales permiten precisamente graduar la responsabilidad de la persona en función de las circunstancias concretas en las que se realizó la expresión. Esos criterios incluyen “la mayor o menor divulgación que el acto ilícito hubiere tenido, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso.” En este orden de ideas, el segundo párrafo del artículo 41 establece la posibilidad de atenuar la medida reparatoria al permitir al juez “disminuir hasta en un setenta por ciento la

cantidad máxima establecida en el presente artículo” en los casos en que los sujetos afectados por las expresiones sean servidores públicos. Y por otro lado, el artículo 43 hace posible aumentar el monto de la reparación en casos de reincidencia durante el plazo de un año, al dar la posibilidad al juez de “imponer hasta en una mitad más del monto máximo por indemnización.” Finalmente, hay que destacar que también se prohíben algunas consecuencias que desde la perspectiva del legislador podrían considerarse desproporcionadas. En esta línea, el artículo 40 establece que “[e]n ningún caso, las sanciones derivadas del daño al patrimonio moral serán privativas de la libertad de las personas.” Mientras que el propio artículo 41 estipula que “en ningún caso el monto por indemnización deberá exceder de trescientos cincuenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.” Así, las consideraciones anteriores muestran que la ley no viola la doctrina constitucional de esta Suprema Corte sobre la gradación de medios de exigencia de responsabilidad.

- Si bien es cierto que a juicio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las expresiones homófobas son una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones pueden actualizar discursos del odio, lo cierto es que resulta posible que se presenten escenarios en los cuales determinadas expresiones que en otro contexto podrían conformar un discurso homóforo, **válidamente pueden ser empleadas, atendiendo a situaciones como estudios y análisis científicos, u obras literarias o de naturaleza artística, sin que por tal motivo impliquen la actualización de manifestaciones discriminatorias o de discursos del odio, gozando por tanto de protección constitucional.**
- Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que las expresiones que están **excluidas de protección constitucional son aquellas absolutamente vejatorias, entendiendo como tales las que sean: (i) ofensivas u oprobiosas, según el contexto; e (ii) impertinentes para expresar opiniones o informaciones según tengan o no relación con lo manifestado.** Así, el segundo requisito en comento se refiere de forma indefectible a la relación que las expresiones deben guardar con las ideas u opiniones formuladas, esto es,

las mismas deben encontrarse vinculadas al mensaje que pretende emitirse, pues la falta de esta exigencia relacional pondría en evidencia el uso injustificado de las expresiones y, por tanto, su impertinencia en el mensaje cuestionado. Para arribar a la anterior conclusión, en cada caso en concreto deben analizarse las manifestaciones de forma integral, así como el contexto en el cual las mismas fueron emitidas, a efecto de determinar si las expresiones tenían alguna utilidad funcional, esto es, si su inclusión en el mensaje era necesaria para reforzar la tesis crítica sostenida por las ideas y opiniones correspondientes, pues en caso contrario, las mismas resultarían impertinentes.

- Las expresiones absolutamente vejatorias, esto es, aquellas que están excluidas de protección constitucional, no solo se pueden presentar cuando hacen referencia a una persona en concreto, **sino que es factible que las mismas se refieran a una colectividad o grupo reconocible** y, por tanto, trasciendan a sus miembros o componentes, siempre y cuando éstos sean identificables como individuos dentro de la colectividad. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostener la postura contraria, implicaría admitir la legitimidad constitucional de las expresiones vejatorias cuando fueren realizadas de forma innominada, genérica o imprecisa, lo cual no es acorde con la doctrina que sobre los límites a la libertad de expresión ha ido construyendo este alto tribunal.

- **Los discursos del odio son aquellos que incitan a la violencia –física, verbal, psicológica, entre otras– contra los ciudadanos en general, o contra determinados grupos caracterizados por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos.** Tales discursos se caracterizan por expresar una concepción mediante la cual se tiene el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social. La problemática social en relación con los discursos del odio, radica en que mediante las expresiones de menosprecio e insulto que contienen, los mismos generan sentimientos sociales de hostilidad contra personas o grupos. Así, la diferencia entre las expresiones en las que se

manifieste un rechazo hacia ciertas personas o grupos y los discursos del odio, consiste en que mientras las primeras pueden resultar contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, generando incluso molestia o inconformidad en torno a su contenido, su finalidad se agota en la simple fijación de una postura, mientras que los segundos se encuentran encaminados a un fin práctico, consistente en generar un clima de hostilidad que a su vez puede concretarse en acciones de violencia en todas sus manifestaciones. En consecuencia, los discursos del odio van más allá de la mera expresión de una idea o una opinión y, por el contrario, resultan una acción expresiva finalista que genera un clima de discriminación y violencia hacia las víctimas entre el público receptor, creando espacios de impunidad para las conductas violentas.

- **Los medios de comunicación tienen una responsabilidad especial para evitar la propagación del discurso discriminatorio.** En efecto, en la actualidad existe una tendencia a subestimar el poder de los medios de comunicación, sin embargo, es un error minimizarlo pues se trata de entidades cuyas opiniones suelen imponerse en la sociedad, dominando la opinión pública y generando creencias. La televisión, la radio, los periódicos, las revistas y demás medios de comunicación, son fácilmente accesibles para el público y, de hecho, compiten para atraer su atención. Así pues, es usual encontrar que muchas de las discusiones que se presentan día con día, se basan o hacen referencia a creencias públicas generadas por alguna noticia o análisis. Por tanto, resulta claro que a través de los medios de comunicación, los líderes de opinión despliegan sus ideas, convirtiéndose así en los sujetos a quienes se atribuye la misión de elaborar y transmitir conocimientos, teorías, doctrinas, ideologías, concepciones del mundo o simples opiniones, que constituyen las ideas o los sistemas de ideas de una determinada época y de una sociedad específica, valiéndose de la persuasión y no de la coacción. En consecuencia, los medios de comunicación juegan un papel fundamental en la formación de una cultura pública que propicie la disminución y, en última instancia, la erradicación de discursos discriminatorios, ya que tienen un papel clave que desempeñar en la lucha contra los prejuicios y los estereotipos, y por lo tanto pueden contribuir a mejorar la igualdad de oportunidades para todos.

- **Si bien determinadas expresiones pueden encontrarse arraigadas en el lenguaje habitual de una determinada sociedad, ello no puede conducir a la conclusión de que por ese mero hecho las mismas se encuentren protegidas por el texto constitucional.** En otras palabras, el uso difundido de ciertos términos por un gran número de los integrantes de una sociedad, bajo ningún caso puede traducirse en un supuesto de exclusión del tamiz de control de constitucionalidad. Precisamente, la naturaleza del control de regularidad normativa que lleva a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tiene como consecuencia que el parámetro de control lo constituyan los derechos fundamentales contenidos tanto en la Constitución, así como en los instrumentos internacionales de los cuales nuestro país es parte, sin que pueda admitirse que la práctica cotidiana de determinadas conductas convalide una posible contravención al parámetro de constitucionalidad. En efecto, este alto tribunal tiene como su tarea primordial la tutela de los derechos fundamentales, en especial de los grupos minoritarios, los cuales suelen ser objeto de exclusión y discriminación. En consecuencia, para realizar un control de regularidad constitucional, no pueden tomarse en consideración las prácticas que realizan la mayoría de los integrantes de la sociedad, tales como el uso cotidiano de determinados términos lingüísticos, pues de adoptarse tal postura, se llegaría al absurdo de convalidar violaciones a los derechos fundamentales por así estar constituida la opinión dominante de una sociedad, lo cual sería contrario tanto a la dinámica de las funciones encomendadas a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como a la naturaleza de la Constitución como norma jurídica.

- Las expresiones que están excluidas de protección constitucional son aquellas absolutamente vejatorias, entendiendo como tales las que sean: (i) ofensivas u oprobiosas, según el contexto; e (ii) impertinentes para expresar opiniones o informaciones según tengan o no relación con lo manifestado. Así, en torno al primer requisito en comento, esta Primera Sala ya ha establecido que si bien la Constitución no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita, tampoco veda expresiones que puedan resultar inusuales, alternativas, indecentes,

escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias. En consecuencia, las expresiones ofensivas u oprobiosas no deben confundirse con críticas que se realicen con calificativos o afirmaciones fuertes, pues la libertad de expresión resulta más valiosa ante expresiones que puedan molestar o disgustar. Así las cosas, **y tomando en consideración esta permisibilidad constitucional en torno a manifestaciones fuertes o molestas, se arriba a la conclusión de que las expresiones se pueden calificar como ofensivas u oprobiosas, por conllevar un menosprecio personal o una vejación injustificada, en virtud de realizar inferencias crueles que inciten una respuesta en el mismo sentido, al contener un desprecio personal.**

- La homofobia es el rechazo de la homosexualidad, teniendo como componente primordial la repulsa irracional hacia la misma, o la manifestación arbitraria en su contra y, por ende, implica un desdén, rechazo o agresión, a cualquier variación en la apariencia, actitudes, roles o prácticas sexuales, mediante el empleo de los estereotipos de la masculinidad y la feminidad. Dicho tratamiento discriminatorio implica una forma de inferiorización, mediante una asignación de jerarquía a las preferencias sexuales, confiriendo a la heterosexualidad un rango superior. Esta aversión suele caracterizarse por el señalamiento de los homosexuales como inferiores o anormales, lo cual da lugar a lo que se conoce como discurso homófobo, mismo que consiste en la emisión de una serie de calificativos y valoraciones críticas relativas a la condición homosexual y a su conducta sexual, y suele actualizarse en los espacios de la cotidianidad; por lo tanto, generalmente se caracteriza por insinuaciones de homosexualidad en un sentido burlesco y ofensivo, mediante el empleo de un lenguaje que se encuentra fuertemente arraigado en la sociedad. **En consecuencia, resulta claro que aquellas expresiones en las cuales exista una referencia a la homosexualidad, no como una opción sexual personal -misma que es válida dentro de una sociedad democrática, plural e incluyente-, sino como una condición de inferioridad o de exclusión, constituyen manifestaciones discriminatorias,** toda vez que una categoría como la preferencia sexual, respecto a la cual la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresamente veda

cualquier discriminación en torno a la misma, no puede ser válidamente empleada como un aspecto de diferenciación peyorativa. Así, tomando en consideración la protección constitucional expresa a la preferencia sexual de los individuos, es que la misma no puede constituir un dato pertinente para la calificación social de una persona. Por tanto, al tratarse la homosexualidad de una forma de sexualidad tan legítima como la heterosexualidad, puede concluirse que aquellas expresiones homófobas, esto es, que impliquen una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, deben considerarse como una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discursos del odio.

- **El respeto al honor de las personas, como límite al ejercicio de la libertad de expresión cuando las manifestaciones se refieran a grupos sociales determinados, alcanza un mayor estándar de protección cuando las mismas se refieran a colectividades que por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos, han sido ofendidos a título colectivo por el resto de la comunidad.** En efecto, esta protección al honor de los grupos sociales se intensifica cuando en una sociedad determinada ha existido un constante rechazo a las personas que los integran, ante lo cual, el lenguaje que se utilice para ofender o descalificar a las mismas adquiere la calificativa de discriminatorio. En consecuencia, el lenguaje discriminatorio se caracteriza por destacar categorías de las señaladas en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante elecciones lingüísticas que denotan un rechazo social, en torno a aspectos tales como el origen étnico o nacional, el género, las discapacidades, la condición social, la religión y las preferencias sexuales. Debido a lo anterior, el lenguaje discriminatorio constituye una categoría de expresiones ofensivas u oprobiosas, las cuales al ser impertinentes en un mensaje determinado, actualizan la presencia de expresiones absolutamente vejatorias.

2.4.2. Régimen internacional

De acuerdo con Eduardo A. Bertoni¹⁹⁷ los principios de la libertad de expresión en el sistema interamericano son: a) La libertad de expresión y su relación con la democracia; b) Las dos dimensiones de la libertad de expresión; c) La libertad de expresión consagrada en la Convención es más amplia en comparación con otros instrumentos; d) Las responsabilidades ulteriores por la expresión deben ser necesarias en una sociedad democrática; e) La violación de la libertad de expresión puede ser consecuencia de cualquiera de los poderes de un Estado; f) La libertad de expresión puede ser violada por medios indirectos cuya determinación surge del contexto; g) Incompatibilidad de la amenaza penal como responsabilidad ulterior por ciertas expresiones.

a) La libertad de expresión y su relación con la democracia.

En la Opinión Consultiva Oc-5/85, del 13 de Noviembre de 1985, la Colegiación Obligatoria de Periodistas, (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Gobierno de Costa Rica, la Corte Interamericana esgrimió:

«La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre».

¹⁹⁷ “El derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Claudia MARTIN, Diego RODRÍGUEZ-PINZON, José A. GUEVARA B. (compiladores), Fontamara, México, p.405.

Eduardo A. Bertoni comenta que con toda certeza podría afirmarse que el estándar básico para la interpretación del contenido del derecho a la libertad de expresión lo constituye su ligazón a la democracia.¹⁹⁸

b) Las dos dimensiones de la libertad de expresión. En la misma Opinión Consultiva señaló:

«30 El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole..." Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

31. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier... procedimiento", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

¹⁹⁸ ídem, p.409.

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia».

c) La libertad de expresión consagrada en la Convención es más amplia en comparación con otros instrumentos.

Respecto a este punto Eduardo A. Bertoni comenta que este estándar es importante porque permite que cualquier interpretación realizada por otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos sea el piso y nunca el techo para la comprensión de esta libertad en el Sistema Interamericano.¹⁹⁹

d) Las responsabilidades ulteriores por la expresión deben ser necesarias en una sociedad democrática. En la misma Opinión Consultiva se dijo:

«45. La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo "necesari(o) en una sociedad democrática", habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.

46. Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una" necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". (Eur. Court H. R., The Sunday Times case,

¹⁹⁹ ídem, p.410.

judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (The Sunday Times case, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26)».

e) La violación de la libertad de expresión puede ser consecuencia de cualquiera de los poderes de un Estado.

Lo anterior se desprende de la, caso "La última tentación de Cristo", (Olmedo Bustos y otros vs. Chile) Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de febrero de 2001, a saber:

«72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial».

f) La libertad de expresión puede ser violada por medios indirectos cuya determinación surge del contexto.

g) Incompatibilidad de la amenaza penal como responsabilidad penal ulterior por ciertas expresiones.

En el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana, se dice:

*«...las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad de expresión porque traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario público... El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor».*²⁰⁰

Este proceso de internacionalización produce un diálogo entre los tribunales supranacionales, como, por ejemplo, parte de la sentencia del caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia de 2 de Julio de 2004 Corte Interamericana de Derechos Humanos, a saber:

*«2) La libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática
112. La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-5/85, hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que*

[...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente

²⁰⁰ OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev., 17 febrero 1995.

informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.²⁰¹

113. En iguales términos a los indicados por la Corte Interamericana, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha manifestado sobre la importancia que reviste en la sociedad democrática la libertad de expresión, al señalar que [...] la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue²⁰².

114. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁰³ y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas también se han pronunciado en ese mismo sentido.

115. En este sentido valga resaltar que los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas aprobaron el 11 de septiembre de 2001 la Carta Democrática Interamericana, en la cual, inter alia, señalaron que son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades

²⁰¹ Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, supra nota 85, párr. 70.

²⁰² Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, supra nota 85, párr. 152; *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*, supra nota 85, párr. 69; *Eur. Court H.R., Case of Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria*, Judgment of 13 February, 2004, para. 29; *Eur. Court H.R., Case of Perna v. Italy*, Judgment of 6 May, 2003, para. 39; *Eur. Court H.R., Case of Dichand and others v. Austria*, Judgment of 26 February, 2002, para. 37; *Eur. Court. H.R., Case of Lehideux and Isorni v. France*, Judgment of 23 September, 1998, para. 55; *Eur. Court H.R., Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Judgment of 20 September, 1994, Series A no. 295-A, para. 49; *Eur. Court H.R. Case of Castells v Spain*, Judgment of 23 April, 1992, Serie A. No. 236, para. 42; *Eur. Court H.R. Case of Oberschlick v. Austria*, Judgment of 25 April, 1991, para. 57; *Eur. Court H.R., Case of Müller and Others v. Switzerland*, Judgment of 24 May, 1988, Series A no. 133, para. 33; *Eur. Court H.R., Case of Lingens v. Austria*, Judgment of 8 July, 1986, Series A no. 103, para. 41; *Eur. Court H.R., Case of Barthold v. Germany*, Judgment of 25 March, 1985, Series A no. 90, para. 58; *Eur. Court H.R., Case of The Sunday Times v. United Kingdom*, Judgment of 29 March, 1979, Series A no. 30, para. 65; y *Eur. Court H.R., Case of Handyside v. United Kingdom*, Judgment of 7 December, 1976, Series A No. 24, para. 49.

²⁰³ Cfr. *African Commission on Human and Peoples' Rights, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria*, Communication Nos 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Decision of 31 October, 1998, para 54.

gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

116. *Existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad».*

Cabe recordar que el discurso sobre las resoluciones de tribunales internacionales puede entenderse desde tres perspectivas: 1) Se confiere al texto un valor normativo interno; 2) Se otorga «autoridad moral» a las apreciaciones del citado órgano; 3) Se cita una propuesta alternativa, como una «posibilidad» que abre el abanico de soluciones. La utilización de estos criterios puede realizarse indistintamente.

A continuación se citarán los principales instrumentos internacionales, relacionados con la materia.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que:

«Artículo 19. *Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.*

Artículo 29. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas».

El Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos ordena lo siguiente:

«Artículo 19. 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. **Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.**

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 20

- 1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.
- 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

La Convención sobre los Derechos del Niño ordena que:

«Artículo 13

1. **El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.**

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley previa y sean necesarias:

- a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
- b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas».

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece lo siguiente:

«Artículo 4. Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece:

«Artículo IV

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio».

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece

«Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas

de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial».

2.4.3. Defensa de la Constitución y libertad de expresión.

De acuerdo con Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor el concepto genérico de «defensa de la Constitución» puede escindirse en dos categorías fundamentales, que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas: la protección de la Constitución y las garantías constitucionales.²⁰⁴

El primero lo constituyen aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido introducidos en los textos fundamentales con el propósito de limitar el poder.

- a. Protección de la Constitución.
- b. Protección política por medio de la división de las funciones del poder público.
- c. Institucionalización de los factores sociales.
- d. Principios de técnica jurídica.

Hans Kelsen dice que «una constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria».²⁰⁵

Las garantías constitucionales son los instrumentos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder (o de particulares o grupos de poder en situación de privilegio).²⁰⁶

La Constitución contiene varias garantías constitucionales, como es el amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, la facultad de

²⁰⁴ FIX ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho de amparo*, Porrúa, México, 2011.

²⁰⁵ Citado por Ulises Schmill en “Fundamentos teóricos de la defensa de la constitución en un estado federal”, *La Defensa de la Constitución*, José Ramón Cossío y Luis M. Pérez de Acha comp., 2ª ed., Fontamara, México, 2000, p.36.

²⁰⁶ FIX ZAMUDIO, Héctor y FERRER-MAC-GREGOR, *op.cit.*, p.17.

investigación de la CNDH que antes correspondió a la Suprema Corte, justicia electoral, juicio político entre otros.²⁰⁷

Respecto a las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, la Constitución las regula del modo siguiente:

A. Controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

- a).- La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b).- La Federación y un municipio;
- c).- El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d).- Un Estado y otro;
- e).- Un Estado y el Distrito Federal;
- f).- El Distrito Federal y un municipio;
- g).- Dos municipios de diversos Estados;
- h).- Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i).- Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j).- Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y

²⁰⁷ En la Quinta Época la Suprema Corte utilizó la expresión «defensa de la Constitución». Incumbe también a la Suprema Corte la defensa de la Constitución, en el caso previsto por el artículo 105 de la propia Carta Magna, pero la controversia tampoco se abre de oficio. Precisa para su planteamiento la demanda del Poder que se sienta ofendido o atacado, para que se justifique la intervención de la Suprema Corte de Justicia por medio de un procedimiento que, entretanto no lo fije la ley, es el de un juicio ordinario donde se oye a la parte demandada. Por tanto, en este caso, el conocimiento está subordinado, también a la existencia de una instancia de parte interesada y el fallo debe producirse dentro del procedimiento antes citado y no fuera de él. Competencia 10/47. Suscitada entre los Jueces de Distrito del Estado de Guanajuato y de Primera Instancia de Yuriria, Guanajuato. 30 de marzo de 1948. Mayoría de diez votos. Disidentes: Franco Carreño, Teófilo Olea y Leyva, Carlos L. Angeles, Luis G. Corona y Salvador Urbina. La publicación no menciona el nombre del ponente.

k).- Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

B. Acciones de inconstitucionalidad

Tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c).- El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano,

y

- e).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea;
- f).- Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.
- g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Es aplicable la siguiente tesis:

«ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. QUIÉNES SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA ATENDIENDO AL ÁMBITO DE LA NORMA IMPUGNADA. *La fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece de manera limitativa y expresa quiénes son los sujetos legitimados para promover una acción de inconstitucionalidad; sin embargo, no todos ellos pueden plantear ese medio de control constitucional contra cualquier ley, sino que su legitimación varía en función del ámbito de la norma que pretende impugnarse, es decir, si se trata de leyes federales, locales, del Distrito Federal o de tratados internacionales. Así, tratándose de la impugnación de leyes federales, están legitimados: 1. El 33% de los Diputados del Congreso de la Unión; 2. El 33% de los Senadores del Congreso de la Unión; 3. El Procurador General de la República; 4. Los partidos políticos con registro federal, si se trata de leyes de naturaleza electoral; y 5. La*

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, si se trata de leyes que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal. Por su parte, contra leyes locales están legitimados: 1. El 33% de los Diputados de la Legislatura Local que corresponda; 2. El Procurador General de la República; 3. Los partidos políticos con registro federal o aquellos que sólo tengan registro en el Estado de que se trate, siempre y cuando se impugne una ley electoral; y 4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los órganos estatales protectores de derechos humanos, si se trata de leyes que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal. Cuando la impugnación verse contra leyes del Distrito Federal, tendrán legitimación: 1. El 33% de los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; 2. El Procurador General de la República; 3. Los partidos políticos con registro federal o aquellos que sólo tengan registro ante el Instituto Electoral del Distrito Federal, siempre que se trate de la impugnación de una ley electoral; y 4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, cuando se trate de leyes que vulneren los consagrados en la Constitución Federal. Finalmente, tratándose de tratados internacionales, pueden impugnarlos: 1. El 33% de los Senadores del Congreso de la Unión; 2. El Procurador General de la República; y 3. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, si se trata de un tratado internacional que vulnere los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal. PLENO. Recurso de reclamación 340/2006-PL, derivado de la acción de inconstitucionalidad 44/2006. Movimiento Civilista Independiente, A.C. 23 de noviembre de 2006. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el diecisiete de abril en curso, aprobó, con el número 7/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a diecisiete de abril de dos mil siete».

En materia de libertad de expresión, el Alto Tribunal resolvió la Acción de inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas 62/2008, 63/2008, 64/2008 y 65/2008. Partidos Políticos Nacionales Convergencia, del Trabajo, Nueva Alianza, Alternativa Socialdemócrata y Campesina y Verde Ecologista de México. 8 de julio de 2008, de la cual derivaron criterios relevantes:

«RADIO Y TELEVISIÓN EN MATERIA ELECTORAL. EL ARTÍCULO 49, PÁRRAFO 3, DEL CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES EN CUANTO REGULA LA CONTRATACIÓN O ADQUISICIÓN DE TIEMPOS EN ESOS MEDIOS NO TRANSGREDE LAS LIBERTADES DE COMERCIO, EXPRESIÓN E IMPRENTA. El citado precepto al establecer que, además de los partidos políticos, los precandidatos y candidatos a cargos de elección popular en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión, no transgrede las libertades de comercio, expresión e imprenta, contenidas en los artículos 5o., 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que a la luz de una interpretación sistemática y funcional de éstas, la prohibición constitucional establecida para los partidos políticos en el párrafo tercero del apartado A de la base III del artículo 41 constitucional necesariamente incluye a los precandidatos y candidatos a cargos de elección popular, ya que éstos no pueden existir sin aquéllos, dada la prohibición legal de candidaturas independientes, ciudadanas o no partidarias. En efecto, los candidatos y precandidatos a cargos de elección popular no son solamente ciudadanos, sino que son ciudadanos investidos de determinadas calidades que actúan en nombre y representación del partido político al que pertenecen, como afiliados o miembros, o que los postula. Por ende, se trata de una restricción debida prevista en el propio artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero, de la Constitución Federal, en razón de la calidad especial de los sujetos normativos, es decir, precandidatos y candidatos a cargos de elección popular, que se explica y tiene su justificación en el contexto normativo del propio artículo 41 constitucional, conforme al cual los referidos sujetos normativos están necesariamente inmersos en un marco electoral y partidario que tutela, además, la equidad en la contienda electoral. Incluso, la mencionada restricción incide directamente en la libertad de comercio establecida en el artículo 5o. constitucional, sin que se actualice una violación a éste ni a los diversos artículos 6o. y 7o. constitucionales, toda vez que constituye una restricción establecida directamente por el propio Constituyente Permanente y, por ende, una restricción válida en términos del artículo 1o. de la Ley Suprema, conforme al cual todo individuo gozará de los derechos fundamentales que otorga la Constitución, los que sólo podrán restringirse o suspenderse en los casos que ésta prevé».

«RADIO Y TELEVISIÓN EN MATERIA ELECTORAL. EL ARTÍCULO 49, PÁRRAFO 4, DEL CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES AL REGULAR LA CONTRATACIÓN DE PROPAGANDA EN ESOS MEDIOS NO CONTRAVIENE LOS DERECHOS DE LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN. El citado precepto, al establecer que ninguna persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular, así como que queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de propaganda contratada en el extranjero, no contraviene los derechos de libertad de información y expresión establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que el artículo 41, base III, apartado A, párrafo tercero, constitucional establece expresamente dicha prohibición, de manera que en este sentido, no puede haber incompatibilidad alguna entre lo previsto en el artículo 49, párrafo 4, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y los artículos 6o. y 7o. de la Ley Suprema, pues el legislador federal ordinario sólo reitera la prohibición constitucional.

De acuerdo con Héctor Fix Zamudio, el amparo «debe considerarse como el proceso constitucional por antonomasia, en virtud de que constituye la garantía normal y permanente de la Constitución».²⁰⁸ El artículo 103 constitucional reformado establece lo siguiente:

«Art. 103.- Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

²⁰⁸ FIX ZAMUDIO, Héctor, *El Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1964, p.85.

III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal».

Se emitió una nueva ley de amparo con los siguientes lineamientos:

- Se abroga la Ley de Amparo anterior.
- Los juicios de amparo iniciados con anterioridad a la entrada en vigor continuarán tramitándose hasta su resolución final conforme a las disposiciones aplicables vigentes a su inicio, salvo lo que se refiere a las disposiciones relativas al sobreseimiento por inactividad procesal y caducidad de la instancia, así como al cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo.
- La jurisprudencia integrada conforme a la ley anterior continuará en vigor en lo que no se oponga a la Ley.
- Para la integración de la jurisprudencia por reiteración de criterios a que se refiere la Ley no se tomarán en cuenta las tesis aprobadas en los asuntos resueltos conforme a la ley anterior.
- El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de autoridad en caso de violar derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección en: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.
- Se establece la posibilidad de impugnar por tener interés legítimo individual o colectivo. Pero tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa.
- Se regula el amparo contra particulares. Los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.
- Se establece la aplicación no retroactiva de la jurisprudencia.

- Se establece la firma electrónica como medio de ingreso al sistema electrónico del Poder Judicial de la Federación.
- Se digitalizarán los expedientes lo que facilitará reposición y su consulta.
- Se regula la sustanciación prioritaria de un juicio de amparo a petición de alguna Cámara o el Ejecutivo en caso de daño ecológico, competencia económica, monopolios y libre concurrencia.
- Se regulan mejor los incidentes como el de Reposición de Constancias de Autos.
- Se establece que en la demanda de amparo principal y en su caso, en la adhesiva el quejoso deberá hacer valer todas las violaciones procesales que estime se cometieron; las que no se hagan valer se tendrán por consentidas.
- Se establece que en dicha demanda precisará la forma en que trascendieron en su perjuicio al resultado del fallo.
- Se regula mejor la sustitución de jurisprudencia al establecer un requisito de votación de mayor calidad.
- Se establece que el quejoso desista de la demanda o no la ratifique en los casos en que la ley establezca requerimiento. En caso de desistimiento se notificará personalmente al quejoso para que ratifique su escrito en un plazo de tres días, apercibido que de no hacerlo, se le tendrá por no desistido y se continuará el juicio.
- Se establece la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.
- Se establecen los Plenos de Circuito que establecerán jurisprudencia.
- Se regula la figura de la apariencia del buen derecho y la no afectación del interés social, para efectos de la suspensión del acto reclamado que deba analizar ponderadamente y dictar el órgano jurisdiccional.
- Se regula la figura de la ampliación de demanda, dentro del término señalado para su promoción.
- Se establece que si el quejoso fallecido no tiene representación legal en el juicio, éste se suspenderá inmediatamente que se tenga conocimiento de la defunción. Si la sucesión no interviene dentro del plazo de sesenta días

siguientes al en que se decreta la suspensión, el juez ordenará lo conducente según el caso de que se trate.

- Se establece que en contra del desechamiento total o parcial de demanda de amparo indirecto procede recurso de queja, cuyo término para su interposición es de cinco días contados a partir del día siguiente de su notificación.
- Se establece que el Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los Tribunales Colegiados de Circuito, tratándose de resoluciones sobre la constitucionalidad de una norma general o sobre la convencionalidad de los tratados internacionales y amparos colectivos, deberán hacer públicos los proyectos de sentencias que serán discutidos en las sesiones correspondientes, con la misma anticipación que la publicación de las listas de los asuntos que se resolverán a que se refiere el artículo 184 de esta Ley.
- Se establecen nuevas causales de improcedencia.
- Desaparece el sobreseimiento por inactividad procesal.
- El tribunal colegiado de circuito, deberá decidir respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquellas que, en su caso, advierta en suplencia de la queja.
- Si las violaciones procesales no se invocaron en un primer amparo, ni el tribunal colegiado correspondiente las hizo valer de oficio en los casos en que proceda la suplencia de la queja, no podrán ser materia de concepto de violación ni de estudio oficioso en juicio de amparo posterior.
- Se establecen nuevas causales de improcedencia como el amparo contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; contra actos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; contra actos del Consejo de la Judicatura Federal; contra actos del Congreso de la Unión, su Comisión Permanente o cualquiera de sus cámaras en procedimiento de colaboración con los otros poderes que objeten o no ratifiquen nombramientos o designaciones para ocupar cargos, empleos o comisiones en entidades o dependencias de la Administración

Pública Federal, centralizada o descentralizada, órganos dotados de autonomía constitucional u órganos jurisdiccionales de cualquier naturaleza.

CAPITULO III

DELITO DE ULTRAJES A LA BANDERA: ESTUDIO DOGMÁTICO Y CASOS

3.1. Genealogía del delito.

Considero que el delito de ultrajes a la bandera tiene varias fuentes reales: la tradición del escudo militar, los símbolos del poder político, el nacionalismo, la construcción jurídica de la personalidad del estado, el simbolismo en sí mismo y la reacción del estado frente a movimientos internacionalistas como el comunismo o disgregadores como el anarquismo.²⁰⁹ Finalmente, se consolida durante el fascismo.

1) En cuanto a la tradición del **estandarte militar**, en los *Comentarios de la Guerra de las Galias*, Julio César describe:

*«XXV Advirtiéndolo César, ordenó que las grandes galeras cuya figura fuese más extraña para los bárbaros, y el movimiento más veloz para el caso, se separasen un poco de los transportes, y a fuerza de remos se apostasen contra el costado descubierto de los enemigos, de donde con hondas, trabucos y ballestas los arredrasen y alejasen. Esto alivió mucho a los nuestros, porque atemorizados los bárbaros de la extrañeza de los buques, del impulso de los remos, y del disparo de nuestras máquinas nunca vistos, pasaron y retrocedieron un poco. No acabando todavía de resolverse los nuestros, especialmente a vista de la profundidad del agua, el aquilifer mayor de la décima legión, enarbolando el estandarte, e invocando en su favor a los dioses: "Saltad, dijo, soldados, al agua, si no queréis ver el águila en poder de los enemigos. Por lo menos yo habré cumplido con lo que debo a la República y a mi general". Dicho esto a voz de grito, se arrojó al mar y empezó a marchar con el águila en dirección a los enemigos. En seguida los nuestros, animándose unos a otros, a no pasar por tanta mengua, todos a una saltaron del navío. Como vieran esto los de las naves inmediatas, echándose al agua tras ellos, se fueron arrimando a los enemigos».*²¹⁰

²⁰⁹ «Por su parte, los anarquistas individualistas prescinden del Estado y de la colectividad para dejar al individuo solo, libre y voluntariamente asociado en pequeñas agrupaciones constituidas con fines de servicio mutuo; mientras que los anarquistas comunistas eliminan al Estado y al individuo y dejan a la colectividad sola». MONTENEGRO, Walter, *Introducción a las doctrinas político-económicas*, 4ª ed, 1965, 1956, FCE, México, p.14.

²¹⁰ CESAR, Julio, *Comentarios de la guerra de las Galias. Guerra civil*, Prólogo Xavier Tavera Ed. Porrúa, México, 1976, p.46.

También se puede encontrar un ejemplo interesante en el Mio Cid.²¹¹

*«Pedro Bermúdez ya no puede contenerse
y con la enseña en la mano, pica espuela a su caballo:
“¡Dios os ayude, Cid, Campeador leal!
“Voy a clavar vuestra enseña en la fila más compacta;
y los que estáis obligados veré si vais a socorrerla».*

En el *Romance segundo* «El estandarte ante todo» de la Victoria de Pavia, Romances Históricos, el Duque de Rivas nos describe la siguiente situación:

*«El hidalgo vizcaíno
Juan de Urbietta, que cubierto
de tosco arnés, en un potro
escaramuzaba suelto,
pasa y ve bajo el caballo
tan lucido caballero,
que por levantarse pugna
con inútiles esfuerzos.
Nos sospechando quién era
le pone el lanzón en el pecho,
y “Ríndete al punto –grita-
o quedarás aquí muerto.”
Respóndele el derribado:
“Soy el rey de Francia, quedo
a tu emperador rendido,
y heme ya tu prisionero.”
Retira Urbietta la lanza
con el debido respeto,
y con tan rara fortuna
pasmado queda y suspenso.
Animado el rey prosigue:
“Que al punto bajas te ruego,
que este maldito caballo
me revienta con su peso.”*

²¹¹ *Poema del Mio Cid*, 18ª ed, Tr, Amancio Bolaño e Isla, Ed. Porrúa, México, 1988, p.45.

*Iba el noble vizcaíno
a darle socorro presto,
y ya para echarse a tierra
soltó el estribo derecho,
cuando del puente a la boca ve de franceses en medio
su estandarte, y que el alférez
solo le está defendiendo.
Y el honor de su estandarte,
y la fe de su juramento,
más que ansia de vanagloria
en su alma ilustre pudieron.
“Ya, señor –al rey le dice-,
socorro daros no puedo,
que es mi estandarte ante todo,
y está mi estandarte en riesgo.
“Confesad que os he rendido,
y pues que prenda no llevo,
porque podáis conocerme
si a vuestra presencia vuelvo,
“Miradme, que soy mellado.”
Y alzando del tosco yelmo
la visera, en un instante
le mostró dos dientes menos.
Y revolviendo el caballo
al puente voló ligero,
con el lanzón en el ristre,
de honra y de lealtad modelo».²¹²*

En el *Noventa y tres* de Víctor Hugo aparece una escena interesante:

*«Los vendeanos
...Tenían también sus accesos de caballerosidad y honraron a Fesque, abanderado
republicano que resistió cuantos sablazos le dieron sin soltar la bandera».²¹³*

²¹² DUQUE DE RIVAS, *Don Álvaro o la fuerza del sino. Romances históricos*, Porrúa, México, 1973, p.140.

²¹³ VICTOR HUGO, *Noventa y tres*, México, Porrúa, 2002, p.123

2) Respecto a los **símbolos del poder político**, César Huerta Ríos comenta que en una comunidad triqui:

«Todas las autoridades poseen un bastón de mando con puño de plata, en el que aparece grabado el escudo nacional, que representa el poder. La ostentación de esos bastones promueven el respeto y la obediencia, en tanto representan el poder nacional en el interior de las comunidades y también por la creencia de que las varas de mando detentan poderes mágicos...»²¹⁴

3) **El simbolismo** es la veta más importante; tenemos casos paradigmáticos como cuando el hombre llegó a la luna, se colocó una bandera norteamericana, tal como lo hizo Tartarín.²¹⁵ Se pueden el valor de la bandera que le dio Juana De Arco sostiene –en la voz de Federico Schiller-

«JUANA.--Que me traigan también una bandera blanca, festonada de púrpura; pues con esta bandera se me apareció la Madre Dios. En sus pliegues se halla representada la Reina de los cielos, con el niño Jesús en los brazos, y cerniéndose sobre la tierra».²¹⁶

4) Por ejemplo, una de las fuentes reales del delito de marras son los delitos contra la **personalidad del Estado** que al decir de Luigi Ferrajoli:

«El grupo de normas más llamativo, por injustificado, ha sido en Italia producido aluvionalmente por la codificación fascista y por la reciente legislación de emergencia bajo la etiqueta de «delitos contra la personalidad del estado». En la medida en que el estado, en un ordenamiento democrático, no constituye un bien o un valor en cuanto tal, estos delitos –descritos normalmente en términos vagos y valorativos y, por ende, opuestos al principio de estricta legalidad- quedan, en la mayor parte de los casos, sin objeto y, con ello, sin razón de ser. Algunos, como los delitos asociativos, los atentados o

²¹⁴ HUERTA RÍOS, César, *Organización socio-política de una minoría nacional. Los triquis de Oaxaca*, Instituto Nacional Indigenista, México, p.240.

²¹⁵ DAUDET, Alfonso, *Tartarín en los Alpes*: «Vieron una nubecilla de humo, y sordas detonaciones subieron del hotel. Les habían visto, y disparaban el cañón en su honor. La idea de que sus compañeros estaban allí, juntamente con las *misses*, los partidarios del arroz y los de las ciruelas, mirándole con sus gemelos de campo, recordó a Tartarín la grandeza de su misión. Arrancó de manos del guía la bandera tarasconesa y la hizo flamear dos o tres veces; después, hundiéndolo en la nieve, se sentó en el hierro, con la bandera en la mano, soberbio, de cara al lejano público».

²¹⁶ SCHILLER, Federico, *María Estuardo, La Doncella de Orleáns, Guillermo Tell*, Ed. Porrúa, México, 1983, p.96.

*los desacatos, son sólo formas agravadas de otros delitos o tentativas de delitos de los denominado «comunes»; otros, como los ultrajes y todos los delitos de opinión, se dirigen a tutelar privilegios e inmunidades que contradicen los principios de libertad y democracia y que, más aún, no constituyen bien alguno para nadie y tanto menos para el ciudadano común».*²¹⁷

La dogmática penal no se ocupa de los delitos de expresión, no es un tema prioritario. Hasta cierto punto puede ser benéfico porque los tipos penales de marras se pueden «reinterpretar en clave *iusfundamental*», es decir, efectuar una hermenéutica conforme a la Constitución con base en los paradigmas actuales. De igual modo, es posible debilitar algunos dogmas penales, a fin de utilizarlos en favor de la teoría democrática de la libertad de expresión. Lo anterior como una especie de «*positivismo de combate*» o bien de relectura de lo instituido, vinculado con los derechos fundamentales.

Por otro lado, la escasez de estudios sobre este tipo penal, especialmente desde una perspectiva comprometida con los derechos humanos, puede convertir este delito en una «*norma perversa*» que Liborio Hierro define como «*una norma generalmente incumplida y generalmente inaplicada que eventualmente se aplica*».²¹⁸ Uno de los inconvenientes de estas normas radica en que la persona a la que se llega a aplicar no percibirá la aplicación como un riesgo calculado ni mucho menos como un acto de justicia, sino como una consecuencia de la arbitrariedad o, en el menor de los casos, de la mala suerte.²¹⁹

Las normas perversas se pueden detectar fácilmente con el paso del tiempo. Para muestra no bastaría un botón pero podríamos recordar que Francisco I. Madero fue acusado de ultrajes. En su Manifiesto desde la Penitenciaría de Monterrey comenta lo siguiente:

«Este acto mío, que no fue para favorecer la fuga del licenciado, sino para evitar que se cometiesen atentados contra él por personas que no aparecían como

²¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *op.cit.*, p. 478.

²¹⁸ HIERRO, Liborio L. *La Eficacia de las Normas Jurídicas*, Barcelona, Ariel, p.177.

²¹⁹ *ibídem*, p.177.

*representantes de la autoridad, pero que de ninguna manera hubiese constituido un delito, sirvió de pretexto para que se me redujera a prisión y después para detenerme en ella, se me acusa de ultrajes al Primer Magistrado de la Nación, ultrajes que se encuentran en un discurso confeccionado por el Sr. Lic. Juan R. Orci, y que según él, pronuncié en San Luis Potosí. Este señor me acompañó desde México, comisionado indudablemente para tal objeto».*²²⁰

Las normas perversas provienen principalmente de la legislación simbólica, las leyes caducas, la demagogia legislativa que no respeta la libertad. Además, hay que decirlo, hay ocasiones el legislador considera que una determinada conducta tiene cierta peligrosidad de la que carece. Usualmente la libertad de expresión es menos peligrosa de lo que parece. Al respecto José Clemente Orozco comenta lo siguiente:

*«El “Manifiesto” prometía también pintura de combate para incitar a los oprimidos a la lucha por su liberación. Este punto es todavía demasiado oscuro para saber de un modo preciso lo que significa. ¿Cuándo una pintura o una escultura es capaz realmente de provocar en el que la contempla procesos mentales que se traduzcan en acciones revolucionarias? ¿Cuándo es realmente subversiva? Es verdad que la iglesia católica ha usado de las artes en general y muy especialmente de las plásticas para avivar la fe y la devoción. El creyente reacciona siempre a la vista de un Crucificado o de una Dolorosa; pero es el caso que en los templos protestantes y en las mezquitas no hay imágenes y también se nota el mismo avivamiento».*²²¹

Ahora bien, una conducta puede estar prohibida en una época, tolerada en otra, e inclusive alentada en otro momento. En el caso de la libertad de expresión no siempre se trata de la contienda contra la moral, sino que puede cambiar el mismo paradigma de libertad. Por ejemplo, la libre difusión de la pornografía pudo ser defendida por las ideas progresistas, en cambio ahora se sostiene que puede generar un efecto silenciador en las mujeres, pues *«reduce a las mujeres a*

²²⁰ Manifiestos Políticos, (1892-1912), Prólogo, ordenación y notas de Manuel González Ramírez, FCE, 1ª reimp 1974, México, p.142.

²²¹ OROZCO, José Clemente, Autobiografía, Joaquín Motriz, México, 2002, p.69.

*objetos sexuales, colocándolas en una posición de subordinación y silenciación. Daña su credibilidad y las hace sentir como si no tuvieran nada que aportar a la discusión pública».*²²² También se podría aplicar el mismo argumento a los gastos de campaña y el efecto silenciador hacia los pobres. En este caso el cambio de paradigma de la libertad de expresión nace a partir del desarrollo de la igualdad, especialmente en el siglo XXI.

Pues bien, lo mismo puede suceder con este delito, que probablemente nació con el fin de arropar un estado fuerte, en cambio ahora puede ser servir contra lenguaje de odio o discriminatorio. De igual modo, cobra valor a partir del concepto de los bienes culturales, como lo expresó el Ministro Sergio Armando Valls en el debate que resolvió el asunto Witz.

Por otro lado, una de las tácticas para perseguir enemigos de algún régimen consiste en imputar el cargo de traición a la patria, entendido en su sentido amplio. Existen dos formas de llevar a cabo esta imputación, la primera, radicaría en señalar algún delito o infracción, la segunda consistiría en deslegitimar al actor social por medio de la propaganda, es decir, la crítica podría considerarse como perfidia, como ironiza Carlos Monsiváis: «...*discrepar es traicionar; disentir, así sea de un modo legítimo, legal y público, es hacerse merecedor de todo el peso de la represión...*»²²³

Más aún, durante décadas la acusación de antipatriota era utilizada como táctica por parte del gobierno para deslegitimar a los disidentes. Aunque, ciertamente, estábamos en plena guerra fría, el régimen aplicó una persecución indiscriminada. Especialmente debemos recordar el *agravio* de los trabajadores de Monterrey en 1936 del que habla Vicente Lombardo Toledano.²²⁴

²²² FISS, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa Editorial, Barcelona 1999, p.28-9; Dentro de las feministas puede citarse el caso de Andrea Dworkin.

²²³ "La Cultura en México", n. 322, para abril 17 de 1868, *Siempre!*, citado en PONIATOWSKA, Elena, *La Noche de Tlatelolco*, 2ª ed, 7ª reimpresión, Ediciones Era, México, 2004, p.145.

²²⁴ Continúa: «...fue en aquella jornada memorable de los obreros de la fábrica de vidrio de Monterrey, que plantearon una demanda a sus patrones, con el objeto de obligarlos a cumplir con el contrato de trabajo vigente. Los elementos conservadores de Monterrey, y la clase patronal de

Sin ir más lejos, el escritor Enrique Krauze esgrime -31 de diciembre de 1995- que la bandera mexicana ha presidido siempre las pláticas en Chiapas.²²⁵ Esto es, el grupo zapatista ostenta un símbolo nacional para evitar acusaciones inadmisibles.

Más aún, Vicente Lombardo Toledano tuvo que atajar las acusaciones de traición a la patria a los grupos sociales; esgrimió:

*«...amamos a la patria mexicana más que a nadie, y si hay alguien que la ame profundamente, cuando más la amaré como la aman los miembros de la CTM; nadie puede amar más a la patria mexicana que los miembros de la CTM».*²²⁶

Si podían acusarlos de antipatriotas ¿por qué no traer el lábaro patrio durante los mítines de protesta? No, porque te podrían imputar el «uso indebido de la bandera nacional», como dice un auto de formal prisión dictado el 17 de diciembre de 1955 por el Juez de Distrito, el Lic. Ignacio García López «los manifestantes que recorrían por las principales calles de esta ciudad encabezadas por los líderes cuyos nombres quedaron mencionados y llevando al frente la Bandera Nacional...».²²⁷ Cabe agregar que el delito de uso indebido de la insignia nacional sigue vigente.²²⁸

acuerdo con ellos, consideraron que había llegado el momento de oponerse a esa justa demanda de los trabajadores exagerándola, tergiversándola, y haciéndola aparecer como una demanda al margen de nuestras leyes y de nuestras instituciones; y para cobijar su actitud positivamente antipatriótica –supuesto que estaban violando la ley ellos, los empresarios y no los obreros– levantaron la enseña patria diciendo que ésta había sido mancillada por los trabajadores. A partir de este momento no sólo han querido los elementos reaccionarios levantar la enseña de la patria para cobijarse con ella, sino que han querido oponerla a la bandera del proletariado, haciendo ver que la bandera de los trabajadores es una bandera contraria a la bandera tricolor, que simboliza las luchas de nuestro pueblo a través de los tiempos». LOMBARDO TOLEDANO, Vicente, *Sobre el Ejército Mexicano y la Bandera Nacional*, selección de textos Marcela Lombardo Otero, México, 1997, Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales “Vicente Lombardo Toledano”, p.32.

²²⁵ KRAUZE, Enrique, *Tiempo Contado*, 3a reimp., Editorial Océano, México, 1996, p.238.

²²⁶ LOMBARDO TOLEDANO, Vicente, *Sobre el Ejército Mexicano y la Bandera Nacional*, selección de textos Marcela Lombardo Otero, México, 1997, Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales “Vicente Lombardo Toledano”, p.68.

²²⁷ Citado en Rómulo ROSALES AGUILAR, *El delito de disolución social y su aplicación aberrante*, Editorial Galeza, México, 1959, p.286.

²²⁸ ARTÍCULO 192.- Al que haga uso indebido del escudo, insignia o himno nacionales, se le aplicará de tres días a un año de prisión y multa de veinticinco a mil pesos.

No obstante, en la época posterior al cardenismo no era preciso utilizar un delito como el de ultrajes a la bandera, toda vez que a finales de 1941 -en el período de las victorias del Eje- se creó el **delito de disolución social** con la finalidad de combatir el quintacolumnismo, sin embargo, el régimen aprovechó esta figura contra los movimientos sociales o contra enemigos políticos.

Ahora bien de acuerdo con el autor colombiano Francisco J. Ferreira, este delito tiene antecedentes legislativos en los artículos 123 y 123 del Código Zanardelli y 292 del de Rocco. Vincenzo Manzini nos dice que en Italia el precedente de esta disposición proviene del art. 115 del Código penal de 1889. No existía en el proyecto de 1887, que se limitaba a castigar solamente la afrenta a emblemas de Estado extranjeros y fue acogida en el Código por iniciativa de los Junta del Senado, a ejemplo de algunas leyes extranjeras.²²⁹

En aquella época el Estado italiano vivía una situación de defensa ante el comunismo y el anarquismo. En un decreto de la época se advierte otra disposición en la que se prohibía la portación o exposición en público banderas, estandartes o emblemas sediciosos:

«Visto el decreto real del 30 de junio de 1889, número 6144, serie 3ª, visto el edicto real del 26 de marzo de 1848; sobre la propuesta etc., después de la deliberación del consejo de ministros; hemos decretado y decretamos:

Art. 1 La autoridad de seguridad pública puede prohibir, por razones de orden público, las juntas y las reuniones políticas, y los violadores de la prohibición serán castigados en los términos del artículo 434 del código penal.

Art. 2. No se podrán portar, ni exponer en público banderas, estandartes o emblemas sediciosos; los violadores serán castigados con el arresto hasta por un mes y con multa hasta de trescientas liras.

Art. 3. Además de las asociaciones políticas castigadas por el código penal, el ministro del interior podrá disolver, con decreto razonado, todas aquellas otras que estén dirigidas a subvertir, en la vía de los hechos, los ordenamientos

²²⁹ MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Tomo 7, Segunda Parte, De los Delitos en Especial, Buenos Aires, 1957, p.206.

*sociales o la Constitución del Estado. Contra el decreto de disolución está admitido el recurso en la sección IV del consejo de Estado en los términos del artículo 24 de la ley del 2 de junio de 1889 número 6166. Este recurso no tendrá efecto suspensivo fuera del que se refiera al patrimonio de las asociaciones disueltas. En caso de que las asociaciones disueltas se volvieran a constituir, aunque bajo otro nombre, los promotores y los jefes de las mismas serán castigados con el arresto de hasta tres meses o con la multa de hasta mil liras.*²³⁰

Posteriormente ya en pleno fascismo, Mussolini para hacerse respetar fue sin duda la integración de los Nacionalistas en el PNF en febrero de 1923. Los Nacionalistas (gente elitista, monárquicos, socialmente conservadores y opuestos al Parlamento) carecían de una base de simpatizantes amplia, pero desde un punto de vista político tenían una enorme influencia, puesto que contaban con apoyo en las más altas esferas: generales del ejército, profesores universitarios, funcionarios de alto rango, acaudalados hombres de negocios y hasta en la judicatura. Representaban por tanto un complemento perfecto a un fascismo que contaba con una amplia base de pequeña burguesía y sectores del campesinado, pero que adolecía de una cierta falta de personal “de calidad”. La fusión resultó crucial para el desarrollo del régimen, aportando el talento y las ideas de personajes como Alfredo Rocco y Luigi Federzoni, quienes después de 1924 se erigirán en arquitectos principales del Estado fascista.²³¹

El peso de la ideología fascista en la elaboración del código penal fue considerablemente mayor. Ciertamente el método “técnico-jurídico” que se había afirmado poco tiempo atrás permitía a la ciencia penal una conversión sin traumas.

²³⁰ Citado en Giuseppe MARANINI, *Historia del Poder en Italia 1848-1967*, UNAM, México, 1985, p.229.

²³¹ DUGGAN, Christopher, *Historia de Italia*, Cambridge University Press, tr. Adrián Fuentes Luque, 1996, Cambridge, p.290; «El culto a la antigua Roma formaba parte del intento del fascismo por crear una nueva identidad nacional. El liberalismo y la democracia parlamentaria podían ser desechados como importaciones extranjeras; el fascismo, en cambio, era algo autóctono, un resurgimiento del verdadero genio de Italia y su pueblo que vuelven, pasando por el Renacimiento, a la época de los Césares. El “romanismo” impregnaba cada rincón de la vida fascista. EL símbolo fascista –un puñado de varas de las que emerge la cabeza de un hacha- era romano, al igual que el saludo fascista. La historia de Roma recibía un tratamiento especial y los programas de estudio escolares; la Milicia y las organizaciones juveniles se basaban en el modelo del ejército romano, el 21 de abril, fecha tradicional de la fundación de Roma, pasó a ser día festivo; y la retórica del régimen estaba preñada de términos latinos y alusiones a Roma», p.319.

Sin embargo, con el fascismo, el derecho penal acentúa aún más sus rasgos autoritarios, convirtiéndose en una técnica de defensa ya ni siquiera “social”, es decir de la sociedad, sino del derecho y del Estado mismos. Espejo y conductor de esta involución es la transfiguración que, gracias a Arturo Rocco y a partir de 1913, sufrió el concepto de “bien jurídico” susceptible de tutela penal que la tradición liberal clásica había identificado con los derechos de la persona y que ahora se convirtió en el autoreferente “derecho del Estado a las acciones y omisiones impuestas bajo amenaza de pena. De aquí proviene la jerarquía de los bienes, todos abstractos y estatalizados –la personalidad del Estado, la administración pública, la integridad y la sanidad de la estirpe, la moralidad pública y, sólo al final, las personas de carne y hueso- con la que Alfredo Rocco clasifica a los delitos en su código penal y en cuya elaboración había participado su hermano Arturo.²³²

Ahora bien, una de las críticas comunes al tipo penal de ultrajes a la bandera se refiere a su ubicación en el Código Penal Federal –legislación del Maximato-, en el sentido de que no se trata de un delito contra la autoridad sino contra la dignidad de la Nación. En Argentina también han criticado la ubicación de este delito en su legislación, toda vez que se ha establecido como un delito contra la seguridad del estado. Carlos Fontan esgrime que el bien jurídico tutelado en este delito son los símbolos de la nacionalidad o del carácter federal del país. De ahí que su ubicación sistemática sea incorrecta en el título IX de los delitos contra la seguridad de la Nación. Era más adecuada, en cambio, la ley 21.388 en el título X de los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional. En efecto, la conducta incriminada sólo compromete la personalidad interna del Estado.²³³

En Colombia, Jorge E. Valencia Martínez señala que es un delito de lesa patria que en nada compromete la seguridad misma del Estado, además de que su incorporación a esta nomenclatura es de pésima técnica, como que se violenta su

²³² FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, p.200.

²³³ FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.766.

propia y peculiar naturaleza.²³⁴ En Alemania lo ubican en los delitos contra la *Demokratie*.

No se trata de un problema de topográfico derivado de una posible falta de técnica legislativa; por el contrario, por el contrario la interpretación «armónica y sistemática» puede utilizar la ubicación de una norma jurídica para dilucidar su sentido. Este delito no se ubicado correctamente porque existen dudas acerca de cuál es el género próximo del bien jurídico tutelado,

Luego, la principal dificultad de este delito consiste en conocer cuál es el bien jurídico tutelado, de esa manera podríamos predecir cuáles son las conductas idóneas para afectarlo, es decir, sus características e intensidad, asimismo, si se puede cometer en público o en privado e incluso si comprende o no la omisión impropia.

Por otro lado, en relación con la atipicidad cobra importancias el caso en que la afectación al bien jurídico sea menor, es decir, la *insignificancia del riesgo* como cuando «*el conductor que nos deja intencionalmente en la parada siguiente no detiene ilegalmente, o la persona que nos impide aparcar porque espera que llegue el coche de su amigo que está doblando no coacciona*».²³⁵

Más aún la expresión de una palabra injuriosa no implica forzosamente la tipicidad de la conducta, toda vez que es necesario la existencia del dolo. Desde mi perspectiva, el animus injuriandi de este delito no sólo debe envolver el deseo de injuriar a la bandera, sino que debe implicar ultraje a la mexicanidad, esto es, que de las palabras se entienda un lenguaje discriminatorio o de odio. Este ánimo de

²³⁴ Ver FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Temis, Bogotá, 2000, p.635.

²³⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan N. y Hernán HORMAZÁBAL MARAÉE *Nuevo sistema de derecho penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p.93. También agregan que «El principio de *extrema ratio*, del derecho penal impide que riesgos insignificantes puedan ser considerados en el tipo legal».

ludibrio²³⁶ tiene gran interés actual, especialmente en el caso de las personas que no saludan a la bandera por motivos religiosos –los Testigos de Jehová- no comete el delito de ultrajes porque no existe el animus injuriandi o de ludibrio. Incluso el Ministro José Ramón Cossío Díaz en los siguientes términos:

«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 solidariza con él por la intervención francesa; los escritos de Zola 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».

Resulta aleccionador el criterio usado en España. En un caso se dijo que si del análisis contextualizado de la totalidad de las manifestaciones y de que el escrito enjuiciado debe ser examinado en su totalidad y no en la mínima parte que se recoge en los hechos declarados probados, se desprendía que la finalidad prevalente de las concretas expresiones utilizadas no es la injuria sino robustecer la idea crítica que preside unas manifestaciones realizadas en función de las propias convicciones ideológicas –de tal manera que el tono y las palabras empleadas no son sino un argumento del autor para reforzar la tesis crítica que mantiene en todo su artículo-, por lo que debe entenderse que la faceta injuriosa desaparece y que tales palabras no pueden ser sancionadas con una condena penal sin vulnerar las libertades invocadas por el recurrente que, entendiendo hacer uso de las mismas dada la relevancia que desempeñan para la efectividad del régimen democrático y la amplitud con que por tal razón han sido interpretadas

²³⁶ De acuerdo con Giuseppe Maggiore “*Vilipendio* es el ludibrio, la ignominia, el desprecio con que se demuestra tener por vil una cosa (*vilis pendere*).” *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. III De los Delitos en Particular, reimpresión de la 2ª ed., Bogotá, Temis, 1989, p.101. *Vilipendio* es el ludibrio, la ignominia, el desprecio con que se demuestra tener por vil una cosa (*vilis pendere*).

por la doctrina del Tribunal, se ve privado de su libertad y de su profesión por expresar de forma censurable en el ámbito político y social sus propias ideas, criterios y sentimientos acerca de un acontecimiento deportivo cuya crítica constituía la finalidad prevalente del artículo enjuiciado.²³⁷

Ahora bien, las causas de justificación implican -de acuerdo con Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée- un «proceso de ponderación para determinar conforme al ordenamiento jurídico y en referencia al caso concreto cuál es en una situación determinada el Derecho prevalente»²³⁸ Bajo este tenor, un ultraje a la bandera podría quedar amparado por una causa de licitud, de amplio espectro, como es el ejercicio de la libertad de expresión, insisto, aun en el caso de que exista ánimo de ludibrio.

Para comprender mejor lo anterior podemos tomar el ejemplo el delito de difamación en el que sin cuestionar la constitucionalidad del delito, se ponderan caso por caso los derechos fundamentales de honor y libertad de expresión. Al respecto el penalista español Muñoz Conde señala que:

«En algunos casos es posible que la acción típica quede justificada por el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber, así, por ejemplo, el testigo que en un juicio informa sobre la conducta del procesado. De todas formas en la mayoría de estos casos faltaría ya el animus iniuriandi.

*Lo mismo sucede cuando se trata de defender intereses colectivos legítimos, de información a la opinión pública de datos personales, ineptitud profesional, comportamientos incorrectos de personajes públicos, políticos, artistas, etc., siempre que ello esté dentro de los límites del ejercicio del derecho de expresión, crítica e información o similares reconocidos en e art. 20 de la Constitución».*²³⁹

²³⁷ *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Miguel Carbonell (compilador) Porrúa, México, 2004, p 276.

²³⁸ Ver *Nuevo sistema de derecho penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p.93.

²³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 14 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p.280.

Francisco J. Ferreira Delgado dijo que le parecía imposible alegar circunstancias de justificación; ni aun para salvar la vida puede admitirse este tipo de traición.²⁴⁰

Ciertamente, no cualquier ultraje quedaría amparado por esa excluyente responsabilidad, sino aquellos que impliquen una opinión crítica desarrollada en el escenario político, es decir, aquella que libremente puede llevar a cabo un ciudadano y en forma más restringida un extranjero.²⁴¹ Advierto que para René Gonzalez se La Vega este delito no admite causas de justificación.²⁴²

Dada la naturaleza de este delito es posible plantear un error de prohibición directo, toda vez que la estructura confusa de la ley penal dificulta del proceso de internalización el mandato normativo. Para este caso considero que no es suficiente que el sujeto activo «*se represente dicha ilicitud como posible, y a pesar de ello, actúe* porque esta perspectiva puede generar un *chilling effect*».²⁴³ En virtud de lo anterior, de acuerdo con la «*vis expansiva*» de los derechos fundamentales, cuando el sujeto activo tenga una duda razonable debe interpretarse «*pro libertate*». De igual modo, considero que para los delitos de expresión puede ser de mayor interés, el indirecto, es decir, que el sujeto activo considere que su conducta está protegida por una causa de justificación.

A todo esto, el lector podría considerar alguna argumentación *ad terrorem*, en la que sostenga que entonces todos los indiciados o procesados podrían argüir que su conducta estaba protegida por la libertad de expresión. El acusado puede alegar todo lo que desee, es su derecho a la tutela efectiva.

Por último, el artículo 20 constitucional ordena las garantías del inculpado, dentro de las cuales se encontraba antes del 18 de junio de 2008, la relativa a que los

²⁴⁰ FERREIRA DELGADO, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Temis, Bogotá, 2000, p.638.

²⁴¹ De acuerdo a la prohibición constitucional del artículo 33 un mexicano en pleno uso de sus derechos públicos.

²⁴² GONZALEZ DE LA VEGA, René, *Tratado sobre la Ley Penal Mexicana*, Tomo II, Porrúa, 2003, México, p.186.

²⁴³ Muñoz Conde, *op. cit.*, p.122.

delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior serán juzgados por un *jurado*²⁴⁴, por ello cabría preguntarse si este caso debe plantearse como un delito cometido por medio de la prensa y llevarse ante un Jurado Federal de Ciudadanos²⁴⁵, ya que se publicó en una revista. No paso inadvertido que Emilio O. Rabasa ha dicho «jurado popular parece que definitivamente no es parte de la idiosincrasia social o jurídica del mexicano».²⁴⁶

Esta institución se desarrolla en el Título Quinto ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación la cual se denomina «Jurado Federal de Ciudadanos». En efecto, este ordenamiento señala que dicho órgano es competente para resolver, por medio de un veredicto, las cuestiones de hecho que le sean sometidas por los jueces de distrito con arreglo a la ley. Asimismo, conocerá de los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación, y los demás que determinen las leyes. El jurado se formara de siete ciudadanos designados por sorteo, en los términos que establece el Código Federal de Procedimientos Penales. Respecto a las reformas a dicha Ley Orgánica, Gutiérrez de Velasco comenta lo siguiente:

«Este cuerpo, fundamentalmente sólo ha sufrido el cambio de nombre, pues anteriormente se llamaba “Jurado Popular Federal”. En la cotidiana realidad, desde que los delitos de los servidores públicos federales que antes eran juzgados de tal manera y ahora lo son por los jueces de distrito, los jurados han decaído notablemente hasta prácticamente esfumarse. Los delitos de prensa contra la seguridad de la nación, materialmente no se persiguen, en caso de darse; al grado de que habiendo interrogado a varios jueces sobre las listas correspondientes que deben enviar las autoridades municipales para la estructuración de los citados

²⁴⁴ Emilio O. Rabasa comenta que “En resumen, el jurado es una institución típica del *Common law* inglés”, “El jurado popular en las constituciones de 1857 y 1917. Antecedentes, secuencia y consecuencias”, *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, T.1, México, UNAM, 1998, p.558.

²⁴⁵ En el Dictamen de la Comisión del Proyecto de Constitución de 1857 se dijo El jurado, es decir, el juicio del país, el juicio de la razón y de la conciencia pública.

²⁴⁶ Emilio O. Rabasa, *op. cit.* p.577.

*cuerpos, se han mostrado extrañados y confusos, pues las(sic) dichas listas de hecho no se formulan».*²⁴⁷

Consideramos que esta institución puede ser revitalizada, porque puede ser una alternativa a la creciente impugnación de los periodistas, Manuel González Oropeza comenta que la añeja constitución del jurado puede ser revitalizada y servir para la administración de justicia del futuro, dentro del generoso marco constitucional que la abriga.²⁴⁸

3.7. Derecho Penal Comparado.

En muchos países, este delito es castigado apenas con multa o algunos meses en prisión como en Francia, Colombia o Panamá. Existen algunos otros en donde la pena es mayor que en México como en Nicaragua.

En relación con este punto citaremos la legislación extranjera para poder demostrar que en nuestro país se ha abusado en el castigo a esta conducta.

En Alemania el artículo 90a. intitulado «Difamación del Estado y de sus símbolos», establece que:

«(1) Quien públicamente en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (§11, inciso 3)

1. Injurie o envilezca a la República Federal de Alemania o a alguno de sus Estados o a su orden constitucional o

2. Difame los colores, la bandera, el escudo o el himno de la República Federal de Alemania o de alguno de sus Estados, será castigado con privación de la libertad hasta por tres años o con multa.

²⁴⁷ “Comentario a las Reformas de 1995 y 1996 a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Los Órganos Judiciales Federales”, *Cuestiones Constitucionales*, Num.3, julio-diciembre, 2000, p.241.

²⁴⁸ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, [“El juicio por jurado en las constituciones de México”](#) *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional* Número 2 Enero-Junio 2000, p.86.

(2) Del mismo modo será castigado, quien retire, destruya, dañe, inutilice o haga irreconocible una bandera izada en público de la República Federal de Alemania o de alguno de sus Estados o un símbolo de soberanía de la República Federal de Alemania o de alguno de sus Estados expuesto públicamente por alguna autoridad o haga con ello escándalo público injurioso. La tentativa es punible.

(3) La pena es de privación de la libertad hasta por cinco años o multa, cuando por medio del hecho el autor se empeña intencionalmente contra la existencia de la República Federal de Alemania o contra los principios constitucionales».

En Italia a quien vilipendie la bandera es castigado con una pena de uno a tres años, de acuerdo al artículo 292 del Código Penal.

En España²⁴⁹ el Código de 1995 contiene la figura de «los ultrajes a España», que ha sido severamente criticada por la doctrina de aquél país. Cabe señalar que el

²⁴⁹ Fermín Morales Prats describe la historia de este delito en España: El origen del delito de ultrajes a España se remonta a la Ley de Jurisdicciones de 1906, aprobada en contexto de crisis del «sentimiento nacional español» bajo la presión del Ejército, que venía contemplando con creciente hostilidad el desarrollo de los fenómenos nacionalistas en Cataluña y el País Vasco. Posteriormente, esta figura delictiva es recogida en la Ley de Seguridad del Estado de 1941 (RCL, 1941, 693), de la que pasa al Código de 1944. Mediante una reforma de 1967 se incluyeron en el tipo de ultrajes a la *forma política*, con lo que se trataba de extenderlo para conseguir una vía más de protección del Régimen. Ya tras la aprobación de la Constitución, aunque también en un intento de responder a la presión militar, se aprobó la Ley 39/1981, de 28 de octubre (RCL, 1981, 2697) «por la que se regula el uso de la bandera de España y de otras banderas o enseñas», que en su artículo 10 pretendía la agravación de los ultrajes a la bandera de España presumiendo la publicidad de los mismos y preveía aplicar una pena menos grave del tipo básico a las ofensas dirigidas contra las banderas de las Comunidades Autónomas, aunque al carecer dicha norma del rango de Ley Orgánica ha sido considerada inconstitucional. El Código de 1995 opta por mantener esta figura, existente también en algunos Códigos europeos, sometiéndola a una sustancial disminución del alcance del tipo y de la intensidad de la respuesta punitiva. Lo más significativo de las modificaciones operadas radica en la supresión de las referencias a la forma política y al sentimiento de unidad, la expresa tipificación, en condiciones de igualdad, de las ofensas a las Comunidades Autónomas (que había resultado discutible tras la aprobación de la Constitución), y la exigencia en todo caso de publicidad. No menos significativa resulta que dejen de preverse penas privativas de libertad y que deje de contemplarse este delito como una forma de «traición ideal», al desvincularse de los delitos de traición, aunque para ello se haya tenido que recurrir a la creación de un capítulo «ad hoc» en el que dar cobijo a este controvertido tipo. Aun reconociendo que todo ello hace más razonable la existencia de semejante figura, sigue teniendo validez la tendencia doctrinal que preconiza la abolición de ésta y otras manifestaciones de la secular tendencia del legislador penal a extender los conceptos y la forma de tutela propios de los delitos contra el honor de las personas a entes o instituciones supraindividuales. Como ya hemos sostenido supra respecto a los delitos contra las Instituciones, el principio personalista consagrado en el artículo 10.1 CE hace que tan sólo pueda hablarse en sentido impropio y a modo de metáfora del honor de una Nación o colectividad. Ante ello resulta ciertamente dificultoso establecer un bien jurídico protegido en este delito, lo que no obsta, sino más bien al contrario, para propiciar una interpretación del tipo de signo restrictivo, en el sentido de exigir una potencialidad de las

citado ordenamiento contiene una serie de delitos contra las “Instituciones del Estado”²⁵⁰

Del mismo modo, en Argentina se regula en el capítulo dos «Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación», artículo 222 del Código Penal establece que «Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la Bandera, el Escudo o el Himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina».²⁵¹

El Código Penal de Bolivia, en su artículo 129 regula el delito en comento, que a la letra dice: «El que ultrajare públicamente la bandera, el escudo o el himno de la nación será sancionado con reclusión de seis meses a dos años».

El Código Penal Colombiano sanciona ordena: «Ultraje a emblemas o símbolos patrios. El que ultraje públicamente la bandera, himno o escudo de Colombia, incurrirá en multa».

Según el artículo 344 del Código Penal del Perú, el que, públicamente o por cualquier medio de difusión, ofende, ultraja, vilipendia o menosprecia, por obra o por expresión verbal, los símbolos de la Patria o la memoria de los próceres o héroes que nuestra historia consagra, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa. El que

conductas típicas para alterar la normalidad de la convivencia ciudadana, idea que en todo caso representa un límite genérico al ejercicio del «ius puniendi». MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Pamplona, Aranzandi, 1999, 1711.

²⁵⁰ Como es el que comete aquel que se establece en el artículo 496, que establece: El que injuriare gravemente a las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, hallándose en sesión, o a alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

²⁵¹ De acuerdo con Jorge Buompadre “el Código de 1921 no contempló este delito. Su incorporación al derecho positivo se debe a la ley 16.648 de 1964 que lo situó entre los delitos contra la paz y la dignidad de la Nación. La ley 21.388, aunque con distinta redacción, había regulado esta figura en el art.230 bis, castigando a quien menospreciare públicamente los símbolos nacionales o provinciales argentinos. El sistema seguido por la ley 16.648 fue criticado por la doctrina, ya que, en verdad, no se alcanza a apreciar en qué medida pueden verse afectadas las relaciones internacionales del Estado por el hecho de que una persona ultraje o agravie alguno de los símbolos nacionales del país o de alguna provincia. Ni siquiera la seguridad interna podría ponerse en peligro con hechos de esta naturaleza.” BUOMPADRE, Jorge E. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, 2000, p.421

publica o difunde, por cualquier medio el mapa del Perú con alteración de sus límites, será reprimido con la misma pena. Además, según el artículo 345 del citado Código, el que, por acto de menosprecio, usa como marca de fábrica, en estampados de vestimentas o de cualquier otra manera, los símbolos de la Patria o la imagen de los próceres y héroes, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año, o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

El artículo 315 del Código Penal de Honduras establece que quien ultraje alguno de los símbolos nacionales será sancionado con reclusión de dos a cuatro años, multa de cincuenta mil a cien mil Lempiras e inhabilitación especial por el doble del tiempo que dure la reclusión.

En Uruguay, según el artículo 139 del Código Penal, será castigado con seis meses de prisión a tres años de penitenciaría al que, en el territorio del Estado, vilipendiare, en un lugar público, o abierto o expuesto al público, la bandera u otro emblema de un Estado extranjero.

En Nicaragua, de acuerdo al art. 547, comete delito contra la dignidad de la república, el que en sitio público o abierto al público, ultrajare la bandera de la república u otro emblema de la nación, o con propósito de menosprecio los destruyere o deteriorare, sufrirá prisión de 3 a 5 años y multa de trescientos a un mil quinientos córdobas, y además será expulsado del país, después de cumplidas las anteriores penas si se tratare de un extranjero residente en la república.

En Panamá el que por menosprecio, destruya o ultraje públicamente la bandera, el escudo o el himno de la República de Panamá, será sancionado con 6 meses a 1 año de prisión (artículo 300 del Código Penal)

El artículo 433-5-1 del Código Penal Francés ordena que: «En el transcurso de una manifestación organizada o regulada por las autoridades públicas, el hecho de ultrajar, de ofender en público el himno nacional o la bandera tricolor será

condenado a una multa de 7500 euros. Cuando el hecho es cometido en grupo, el desacato será castigado con seis meses de prisión y multa de 7500 euros».

En el Ecuador, de acuerdo con su Código Penal (Art. 128).- El que públicamente, y fuera de los casos previstos en este Código, incitare o fomentare por cualquier medio el separatismo, o el que ofendiere o vilipendiare a las instituciones públicas o a la Fuerza Pública, el que cometiere cualquier burla o desacato, con palabras o acciones, contra la Bandera, el Escudo o el Himno de la Patria, será reprimido con prisión de seis meses a tres años y multa de quinientos a mil sucres.

El Código Penal de Costa Rica en su Ley nº 4573 y sus reformas del 4 de marzo de 1970 señala que se impondrá prisión de un mes a dos años y con treinta a noventa días multa al que menospreciare o vilipendiare públicamente la bandera, el escudo o el himno de la Nación.

3.8. Estudio dogmático

I. Clasificación del Delito

A) Por su codificación.

Se trata de un delito general, toda vez que está contenido en el Código Penal Federal. En caso de que se hubiera establecido, por ejemplo, en la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, se trataría de un delito especial.²⁵²

B) Por su clasificación legal.

El delito se establece en el **Libro Segundo, Título Sexto** «Delitos Contra la Autoridad», **Capítulo V** «Ultrajes a las insignias nacionales» del Código Penal Federal».

²⁵² El artículo 6º del Código Penal Federal establece “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

C) Por su materia.

El ultraje a las insignias nacionales es un delito de orden federal porque está contenido en el Código Penal Federal. El artículo 73 de la Constitución Federal ordena que el Congreso tiene facultad:

«XXI.- Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada».

De igual modo, la fracción XXIX-B del art. 73 establece que el Congreso tiene facultad:

«XXIX-B.- Para legislar sobre las características y uso de la Bandera, Escudo e Himno Nacionales».

Ciertamente, la facultad de establecer los delitos y faltas contra la Federación además, de legislar sobre las características y uso de la bandera no implica una «*vis expansiva*» a favor de la Congreso General para absorber los códigos locales, es decir, debe haber una justificación. En el caso del delito estudiado no existe ningún problema competencial.

¿Qué ocurriría si no existiera el delito en cuestión y una Legislatura estatal estableciera el delito? ¿Sería ineludiblemente inconstitucional? Considero que no porque los estados tienen el deber de lealtad federal, la bandera puede considerarse como un símbolo que une a los estados y en caso del silencio del legislador federal, la Legislatura puede proteger valores federales.

D) Por su forma de persecución.

En principio todos los delitos se persiguen de oficio, excepto en los casos en que el legislador penal establece la querrela necesaria, es decir, que constituya un

«delito privado». Una diferencia importante es que en los delitos que se persiguen por querrela se puede otorgar el perdón por parte del ofendido.

El de ultrajes a la bandera se persigue de oficio.

E) En función de su penalidad.

El delito en cuestión tiene una pena alternativa. El artículo establece:

«Artículo 104.- La acción penal prescribe en un año, si el delito sólo mereciere multa; si el delito mereciere, además de esta sanción, pena privativa de libertad o alternativa, se atenderá a la prescripción de la acción para perseguir la pena privativa de libertad; lo mismo se observará cuando corresponda imponer alguna otra sanción accesoria.

Artículo 105.- La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años».

En virtud de lo anterior, el delito de ultrajes prescribe a los tres años a partir de que empezó a correr el término.

De igual modo, no se trata de un delito grave.

F) Por su territorialidad.

Delito de posible validez extraterritorial. En efecto, el artículo 4 del Código Penal Federal establece lo siguiente:

«Artículo 4o.- Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes:

I.- Que el acusado se encuentre en la República;

- II.- Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y*
III.- Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República».

En el caso de delito de ultrajes a la bandera, se considera que el sujeto pasivo es la Nación, además de que si aceptamos que la sociedad (un público) puede ser el ofendido, podríamos considerar aplicable el precepto anterior en el caso del extranjero o mexicano que ultraje a la bandera, frente a un público nacional siempre que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República. Existen países que castigan el ultraje a banderas extranjeras –entre ellos México- por lo que es posible pensar como factible esta hipótesis.

Desde mi perspectiva el sujeto pasivo es la sociedad, en sus derechos culturales, además es un bien constitucional que fortalece el espíritu de solidaridad de los ciudadanos y es un importante medio de integración social.

G) Por su politicidad.

Los delitos pueden clasificarse como políticos y no políticos, aunque la definición puede cambiar o no. El artículo 144 del Código Penal Federal establece lo siguiente: «Se consideran delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos». Además el artículo 26 señala los procesados sujetos a prisión preventiva y los reos políticos, serán reclusos en establecimientos o departamentos especiales.

En México no se considera al ultraje como delito político.

H) En orden a los elementos subjetivos referentes al autor.

Es un delito de expresión.²⁵³

I) En orden al tipo penal.

René González de la Vega dice que es básico o fundamental; autónomo; anormal; de daño; complejo; libremente formado y de formulación alternativa.²⁵⁴

1. Por su ordenación metodológica.

Tipo fundamental o básico.

2. Por su autonomía o independencia.

Es autónomo.

J) En orden a la conducta del agente

Acción y omisión.

Aunque hay cierta polémica. Francisco Pavón y Gilberto Vargas dicen que se trata de un *delito de acción* que excluye la omisión como forma comitiva.²⁵⁵ La acción delictiva, señala Laje Anaya, consiste en la ley argentina en menospreciar y ello sucede si el autor, por cualquier hecho, incluso por *omisión* lleva a cabo un

²⁵³ Luis Jiménez de Asua clasifica a') Delitos de expresión, como la denuncia falsa. Delitos de tendencia o impulso: a") Lucro o "aprovechamiento", como acontece con los delitos contra la propiedad; b") profesión, como la mendicidad; c") perjuicio o daño que concurre en los delitos maliciosos denominados "daños"; d") lascivos, como la violación y estupro. Delitos de intención: a") En ciertos casos, el primer acto, como, por ejemplo, conspirar contra la integridad del territorio de la patria, no necesita otro segundo consistente en que la potencia extranjera hostilice a la nación propia; b") En otras hipótesis, sí son necesarios varios actos: El que se alza públicamente contra el Gobierno, ha de deponerle luego. Por eso los Códigos suelen anticipar los delitos de rebelión, porque si se obtuviera el propósito último, serían ellos los gobernantes y no los delincuentes." *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*, 6ª ed, Editorial, Sudamericana, Buenos Aires, 1973, p.260.

²⁵⁴ GONZALEZ DE LA VEGA, René, *Tratado sobre la Ley Penal Mexicana* Tomo II, Ed. Porrúa, 2003, México, p.186.

²⁵⁵ PAVON VASCONVELOS, Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto, *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial*, Volumen II, 2ª ed, Ed. Porrúa, México, 2005, p.15.

comportamiento que traduce que el símbolo de que se trata, es por él tenido en menos de lo que se merece, criterio que parecen compartir Soler y Núñez. Este punto de vista no puede sostenerse conforme al texto del artículo 191 de nuestro Código Penal Federal, por existir clara divergencia entre los términos usados en ambos códigos, pues no es lo mismo *menospreciar* que *ultrajar*. Por otra parte, el artículo 191 claramente señala que el ultraje al escudo de la República o al pabellón nacional se sanciona cuando el mismo sea de palabra o de obra, siendo claro que en ambos casos la conducta se expresa mediante una acción o movimiento corporal voluntario de carácter finalista.²⁵⁶

René González de la Vega afirma que aunque el ultraje podría cometerse omisivamente (no saludar respetuosamente, *v.gr.*), exige una conducta más corpórea y maliciosa, que debe reconocer sólo la omisión impropia, para quien está en calidad de garante.

K) Por el elemento interno

Requiere dolo específico.

L) Por el resultado

Francisco Pavón y Gilberto Vargas afirman que es un delito *formal*, sea que el ultraje consista en meras expresiones verbales o hechos materiales que tengan como significado una *injuria o desprecio* a los mencionados símbolos patrios, con independencia de que la injuria o el desprecio se manifiesten en la *destrucción* de estos símbolos.²⁵⁷

M) Por el daño que causan

²⁵⁶ *Ibíd.*, p. 18

²⁵⁷ *ibíd.*, p. 15.

Eduardo López Betancourt dice que se trata de un delito de lesión; la conducta ocasiona un daño al bien tutelado, identificado con los valores patrióticos y con los símbolos de nuestra identidad como Nación libre y soberana.²⁵⁸

N) Por su duración.

Delito instantáneo, por consumarse en el momento mismo en que se realiza la acción que singulariza al delito, es decir, cuando se ultraja al escudo de la República o al pabellón nacional, que constituyen los símbolos materiales de la personalidad del Estado mexicano.²⁵⁹

O) En función de su estructura.

Nos dice la doctrina, que los delitos pueden ser simples o complejos, dependiendo del número de bienes jurídicos tutelados, es decir, de las lesiones jurídicas que provocan. Se trata de este caso de un delito simple.

P) En relación con el número de actos integrantes de la acción típica

Es unisubsistente.²⁶⁰

Q) En relación al número de sujetos que intervienen en el hecho típico

Delito monosubjetivo. La ley penal en su artículo 191 no establece la necesaria concurrencia de una pluralidad de sujetos en la comisión del delito, que puede por ello ser cometido por una o varias personas, en cuyo último caso se estaría en presencia de un concurso de agentes en su ejecución y por ello de una participación delictuosa.²⁶¹

²⁵⁸ *Ibíd*em, p.98.

²⁵⁹ *Ibíd*em, p.18.

²⁶⁰ GONZALEZ DE LA VEGA, René, *Tratado sobre la Ley Penal Mexicana* Tomo II, Ed. Porrúa, 2003, México, p.186.

²⁶¹ PAVON VASCONVELOS, Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto, *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial*, Volumen II, 2ª ed, Ed. Porrúa, México, (471) 2005, p.19.

II. Conducta Típica y Atipicidad.

A) Tipicidad.

Es la adecuación de la conducta al tipo.

a) Tipo penal y tipicidad.

Dentro del Capítulo de «Ultrajes a las insignias nacionales», se establece que 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.

a) Elementos objetivos del tipo penal.

I. Sujetos

1. Número y calidad del sujeto activo.

La ley no establece alguna cualidad determinada que deba cumplir el sujeto activo.

2. Número y calidad del sujeto pasivo.

Raúl Carrancá y Trujillo afirma que el objeto jurídico del delito no es la autoridad pública sino la dignidad de la Nación.²⁶² Francisco Pavón y Gilberto Vargas Sujeto pasivo, en cambio, lo es la Nación, por cuanto el ultraje cometido al escudo de la

²⁶² CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código Penal Anotado*, 22ª ed. Porrúa, México, (1215)1999, p.476.

República o a la bandera nacional sólo a ella le afecta, por tratarse de los símbolos que la identifican.²⁶³

Desde mi perspectiva es la sociedad, en sus derechos culturales.

3. Ofendido. Se trata de quien resiente directamente el daño ocasionado por delito. Se equipara en este caso al sujeto pasivo.

No es menor esta clasificación, toda vez que la Constitución establece sendas facultades a la víctima y al ofendido. En el inciso c del artículo 20 de la Constitución se establece lo siguiente:

«C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

²⁶³ PAVON VASCONVELOS, Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto, *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial*, Volumen II, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2005, p.19.

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño».

Puede pedir amparo si al dictarse una sentencia definitiva absolutoria o un auto que se refiera a la libertad del imputado no se hayan respetado, entre otros, los derechos de la víctima u ofendido del delito. Además puede tener tal carácter de tercero interesado la víctima del delito u ofendido, o quien tenga derecho a la reparación del daño o a reclamar la responsabilidad civil, cuando el acto reclamado emane de un juicio del orden penal y afecte de manera directa esa reparación o responsabilidad.

El concepto de ofendido está en construcción, especialmente por las facultades que pueden adquirir, es decir, puede considerarlo como un sujeto procesal. Por ejemplo, en los delitos de odio o la negación del holocausto, ¿el ser parte de la comunidad agraviada genera un derecho público subjetivo? ¿Implica una reparación del daño?

En el caso planteado considero que puede considerarse ofendido el público que conoció el ultraje a la bandera.

II. Bien jurídico tutelado y objeto material.

Cabe señalar que este delito se encuentra ubicado en el **Título Sexto Delitos contra la Autoridad.**

Eduardo López Betancourt dice que el objeto jurídico, corresponde a los valores patrióticos de nuestra Nación, su identidad e historia, independencia, soberanía y demás considerados fundamento de la vida y existencia del pueblo mexicano. El objeto material lo constituyen las reproducciones de los símbolos nacionales que han sido ultrajadas; o bien, las copias que ilegalmente se han hecho de éstos.²⁶⁴ De acuerdo con Mariano Jiménez, la dignidad de la nación»²⁶⁵ Peco afirmaba que se hiere la significación simbólica; que al lesionarla se lesiona la dignidad de la Nación. El prestigio del Estado se parifica con el prestigio de la bandera, y el que ofende la bandera ofende al Estado en una de las altas exteriorizaciones de su personalidad.²⁶⁶ Jorge E. Buompadre dice que el bien jurídico tutelado reside en la dignidad y el prestigio de los símbolos patrios.²⁶⁷

En relación con el objeto específico Manzini²⁶⁸ ha señalado que el objeto específico de la tutela penal es «el interés concerniente a la personalidad interna del Estado» en lo que particularmente atañe al «honor y prestigio del Estado»,²⁶⁹ términos que son recurrentes en este delito. Este autor –que tiene un amplio estudio de este ilícito- cita la Relación ministerial sobre el proyecto del Código Penal, el cual establece que ‘la bandera es el símbolo sagrado de la patria; el prestigio del Estado se identifica con el prestigio de su bandera; quien ofende a la bandera, ofende al Estado en una de las más altas exteriorizaciones de su personalidad.²⁷⁰ El jurista colombiano Acevedo Blanco señala que lo que la ley protege es el sentimiento de la dignidad y del respeto que merece el concepto que los nacionales tengan de la noción de la patria, aunque los actos de ultraje no

²⁶⁴ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, *op.cit.*, p.101.

²⁶⁵ JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo IV, 7ª ed, Porrúa, México, 2000, p.375.

²⁶⁶ DONNA, Edgardo A. *Derecho Penal*, Parte Especial, Tmo II-C, Rabinzal-Calzoni Editoriales, Santa Fe, p.406.

²⁶⁷ BUOMPADRE, Jorge E. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, 2000, p.422.

²⁶⁸ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, Segunda Parte De los Delitos en especial Volumen II, tr. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires , Ediar, Soc. Anon. Editores, 1957, p.206.

²⁶⁹ *Ibidem.*

²⁷⁰ *Ibidem.*

signifiquen el delito de traición.²⁷¹ El argentino Fontán Balestra esgrime que el bien jurídico tutelado en este delito son los símbolos de nacionalidad o del carácter federal del país.²⁷²

En cuanto al objeto material no es preciso que la bandera nacional pertenezca al Estado o a otra entidad pública; será protegida aun cuando pertenezca a personas particulares, y aunque sea retenida o usada abusivamente.²⁷³

Al respecto José María Tamarit expone que

«...El bien jurídico en estos delitos no es el honor, cualidad que por su estrecha vinculación con la idea de dignidad humana tan sólo puede predicarse de las personas físicas, sino el prestigio de las instituciones. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en algunas sentencias (como la del 21 de abril 1994 [RJ 1994, 3147], en la que señala que «el bien jurídico protegido en estas figuras delictivas no es tanto el honor sino el prestigio de instituciones tan esenciales dentro de la estructura del Estado democrático»²⁷⁴.

Calderón y Choclán comentan que para no incidir en el derecho fundamental a la libertad de expresión, se requiere que el insulto o la ofensa, es decir el acto de desprecio, sea grave no bastando los actos que constituyan meras faltas de respeto. A lo que añaden Carbonell y Vivies el que produzca alteración de la paz pública, que sería para estos autores el bien jurídico que el delito protege.²⁷⁵

Tamarit Sumalia expresa que las expresiones o acciones ofensivas contra España, una Comunidad Autónoma o sus símbolos o emblemas pueden obedecer al propósito de expresar una crítica política (por ejemplo, de un sentimiento u opinión de rechazo de la forma política vigente, representadas la bandera o el

²⁷¹ ACEVEDO BLANCO Ramón, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1983, p.283.

²⁷² FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 13 ed, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p.1073 p. 766.

²⁷³ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. III De los Delitos en Particular, reimpresión de la 2ª ed., Bogotá, Temis, 1989, p. 102.

²⁷⁴ TAMARIT SUMALIA, José María, "Delitos contra la Constitución" en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi Editorial, 1999, pp.1442.

²⁷⁵ CALDERON CEREZO A. Y CHOCLÁN MONTALVO J.A. *Derecho Penal, Tomo II Parte Especial*, Barcelona, Ed. Bosch, 1999, pp. 1197.

escudo, o de una posición política independentista, apátrida o contraria a la existencia de una Comunidad Autónoma) y en tal sentido dar lugar a la aplicación de la eximente de ejercicio del derecho a la libertad de expresión (art. 20.7). No se nos escapa que este razonamiento resulta en realidad un argumento frente a la existencia de la propia figura de delito, pero ciertamente no cabe invocar la tipificación de las conductas de ofensa o ultraje para limitar el alcance del artículo 20 CE. La jurisprudencia constitucional americana ha declarado en alguna ocasión que la quema de bandera tenía acogida en la Constitución Federal. Negar la posibilidad de una justificación supondría que la libertad de expresión habría dejado de ser, en palabras de Fiore, un derecho democrático para convertirse en un privilegio aristocrático.²⁷⁶

Muñoz Conde comenta respecto al delito de ultrajes a la Nación española que se excluye del tipo penal la crítica a la orientación política que adopta un gobierno²⁷⁷. Posteriormente cita un caso de la STS 28-4-89 en el que no se determinó que fueran ultrajes a la bandera devolver al Ministerio del Interior la bandera de España por considerar su presencia no deseable, al ser dicha conducta «una manifestación de la libertad de expresión».²⁷⁸

III. Lugar y tiempo de la comisión del delito.

Requiere que la acción ejecutada lo sea públicamente, pues sólo así puede inferirse el agravio o la lesión a la dignidad de la Nación.²⁷⁹

IV. Elementos normativos.

La Ley Sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales establece que el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, son los Símbolos Patrios de los

²⁷⁶ TAMARIT SUMALLA, José María, “Delitos contra la Constitución” en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi Editorial, 1999, pp. 1555.

²⁷⁷ En Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen IV, Madrid, Civitas, 1995, p.6616.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ PAVON VASCONVELOS, Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto, *op.cit.*, p.17.

Estados Unidos Mexicanos. La ley es de orden público y regula sus características y difusión, así como el uso del Escudo y de la Bandera, los honores a esta última y la ejecución del Himno.

La Bandera Nacional consiste en un rectángulo dividido en tres franjas verticales de medidas idénticas, con los colores en el siguiente orden a partir del asta: verde, blanco y rojo. En la franja blanca y al centro, tiene el Escudo Nacional, con un diámetro de tres cuartas partes del ancho de dicha franja. La proporción entre anchura y longitud de la bandera, es de cuatro a siete. Podrá llevar un lazo o corbata de los mismos colores, al pie de la moharra.

Un modelo de la Bandera Nacional, autenticado por los tres poderes de la Unión, permanecerá depositado en el Archivo General de la Nación y otro en el Museo Nacional de Historia.

B) Atipicidad

Son causas de atipicidad las siguientes:

a) Por ausencia de algún elemento objetivo, sea por:

1. Falta del número o calidad del sujeto activo.
2. Falta del número o calidad del sujeto pasivo.
3. Falta del bien jurídico tutelado.
4. Falta de la acción u omisión.
5. Falta del resultado típico en los delitos de resultado que exigen resultado.
6. Falta de los elementos normativos.
7. Falta de las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidos en el tipo.

b) Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos sea por:

1. Falta del dolo o de la culpa.
2. Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo (falta de la tendencia, ánimo, etcétera).

c) Error de tipo.

Puede haber error de tipo en el caso de que el sujeto piense que está en privado pero está en un lugar público o en presencia de personas.

Se puede presentar además en los siguientes casos:

- Injurias bagatela.
- Falta de animus injuriandi.
- No se injurie a la bandera

III. Antijuridicidad y Causas de Justificación

A) Antijuridicidad.

La antijuridicidad es lo contrario a derecho.²⁸⁰

B) Causas de justificación

La causas de justificación aplicable es el ejercicio de un derecho, el de libertad de expresión.

IV. Culpabilidad e Inculpabilidad

A) Culpabilidad

Es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto. En la teoría finalista de la acción los elementos de la culpabilidad son:

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.
- b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.

²⁸⁰ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, *op. cit.*, p.104.

c) La exigibilidad de un comportamiento distinto.

a) La imputabilidad e inimputabilidad

A) Imputabilidad

La imputabilidad, es, la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.²⁸¹

B) Acciones libres en su causa

Las disposiciones relativas a la actio libera in causa, son aplicables en el caso del delito que nos ocupa; si el agente se ha colocado voluntariamente en estado de inimputabilidad, su conducta es punible.

C) Inimputabilidad

El aspecto negativo de la imputabilidad, entendido como la incapacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal.

Pueden presentarse como causas de inimputabilidad las siguientes:

1. Inmadurez mental, tanto si el infractor es menor de edad, como si padece trastornos mentales permanentes o desarrollo intelectual retardado.
2. Trastorno mental transitorio, siempre y cuando, éste no haya sido buscado intencionalmente, con ánimo de cometer el delito.
3. Falta de salud mental
4. Miedo grave.

V. Condiciones Objetivas de Punibilidad y su Ausencia.

²⁸¹ ibídem, p.99.

Son circunstancias o requisitos establecidos en algunos tipos penales, que de no presentarse, no es factible se configure el ilícito. No se contemplan condiciones objetivas de punibilidad para este delito.

VI. Punibilidad y Excusas Absolutorias

A) Punibilidad

La pena prevista por la ley para el delito de ultrajes a las ingenias nacionales es de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos o ambas sanciones, a juicio del juez; según lo dispuesto en el artículo 191.

B) Excusas absolutorias.

Se definen como el aspecto negativo de la punibilidad; son circunstancias en las cuales, el legislador, por cuestiones de política criminal, considera más provechoso no imponer la sanción al sujeto, que hacerlo.

No se contempla ninguna excusa absoluta para los delitos de ultrajes a las Insignias Nacionales.

1. Aspectos Colaterales del Delito

I. Vida del Delito (Iter Criminis)

A) Fase interna.

Durante esta etapa, el sujeto decide realizar el delito, concibiendo, deliberado y decidiendo conscientemente realizar el acto, pero todavía sin exteriorizarlo. Esta fase no recibe sanción alguna.

B) Fase externa.

El agente hace externo su deseo de cometer un crimen, realizando las acciones preparatorias para cometer el ilícito, y finalmente lo lleva a cabo.²⁸²

C) La tentativa.

Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52 del Código Penal, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Jorge E. Buompadre esgrime que en general hay acuerdo en que la tentativa resulta admisible.²⁸³ Maggiore dice que la *tentativa* solo es posible en aquellos casos en que la acción se puede dividir en una serie de actos (por ejemplo, si el delito se comete por medio de la prensa).²⁸⁴

Vincenzo Manzini dice que es jurídicamente posible la tentativa; pero especialmente cuando se trate de una violencia sobre la cosa, se tiene que examinar si lo que aparece como tentativa de un hecho más avanzado (ejemplo: de remoción o destrucción de una cosa), no constituye ya por sí solo un acto

²⁸² LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, *op.cit.*, p.106.

²⁸³ BUOMPADRE, Jorge E. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II, 2000, p.424.

²⁸⁴ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. III De los Delitos en Particular, reimpresión de la 2ª ed., Bogotá, Temis, 1989, p. 103.

suficiente para concretar la noción de «vilipendio», es decir, para consumir el delito. Análogamente, la tentativa por ejemplo de ensuciamiento, puede resultar concretamente acto consumativo cuando exprese vilipendio (por ejemplo: Ticio arroja una botella con líquido mancillador contra un escudo, sin dar en él.)²⁸⁵

En cambio la doctrina nacional Eduardo López Betancourt esgrime que el delito sólo puede consumarse cuando se realizan completamente alguno de los supuestos previstos por el Código. No es configurable la tentativa en ninguna de sus formas. Raúl Carrancá y Trujillo en igual sentido: «no siendo configurable la tentativa».²⁸⁶

II. Autoría y Participación

Autor es quien tiene la capacidad para la realización del tipo legal. Por eso es autor tanto quien lo realiza materialmente como quien usa a otro como instrumento, esto es, el autor mediato.²⁸⁷ En cambio, la participación requiere de la existencia del hecho principal llevado a cabo por el autor, siempre tendrá un carácter accesorio respecto al hecho principal, esto es, al hecho del autor. De acuerdo con el artículo 13 del Código Penal Federal son autores o partícipes del delito:

«I.- Los que acuerden o preparen su realización; II.- Los que los realicen por sí; III.- Los que lo realicen conjuntamente; IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.»

²⁸⁵ MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Tomo 7, Segunda Parte, De los Delitos en Especial, Buenos Aires, 1957, p.218.

²⁸⁶ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código Penal Anotado*, 22ª ed. Porrúa, México, 1999, p.476.

²⁸⁷ Ver *Nuevo sistema de derecho penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p .117.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis²⁸⁸ de este Código».

La fracción I comprende al autor intelectual; la fracción II al autor material; la fracción III al coautor; la fracción IV al autor mediato; la fracción V al instigador; la fracción VI al cómplice; la fracción VII al encubridor y, finalmente la fracción VIII comprende «la autoría indeterminada o responsabilidad correspectiva».²⁸⁹

III. Concurso de Delitos

El artículo 64 del Código Penal Federal establece lo siguiente:

«Artículo 64.- En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.

En caso de concurso real, se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero. Si las penas se impusieran en el mismo proceso o en distintos, pero si los hechos resultan conexos, o similares, o derivado uno del otro, en todo caso las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de libertad por el primer delito.

En caso de delito continuado, se aumentará de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero».

²⁸⁸ Artículo 64 bis.- En los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.

²⁸⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 299.

Edgardo Donna nos dice que el delito se consuma con la acción de ultrajar, sin exigir otro resultado. Si además se daña la bandera, por ejemplo, habrá concurso ideal con el delito de daño.²⁹⁰

3.4. Ultrajes a la bandera y otros ilícitos.

3.4.1. Ultraje a la bandera cometido por civiles y ultraje cometido por militares.

En el LIBRO SEGUNDO «De los delitos, faltas, delincuentes y penas», TITULO OCTAVO «Delitos contra la existencia y seguridad del ejército», CAPITULO VI «Insultos, amenazas o violencias contra centinelas, guardias, tropa formada, salvaguardias, bandera y ejército», artículo 191 del Código de justicia militar se contienen el delito de ultrajes a la bandera por parte de un militar:

«Artículo 280.- El que injurie, difame o calumnie al ejército o a instituciones que de él dependan, armas, cuerpos, guardias o tropa formada, será castigado con un año de prisión.

Se impondrá la pena de un año seis meses de prisión, al que ultraje la bandera nacional».

Como se advierte la penalidad es menor, en tanto que en el Código Penal Federal la sanción consiste en « seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos o ambas sanciones, a juicio del juez». Cabe destacar que el Código de Justicia Militar es posterior, toda vez que fue publicado en la Sección Segunda del Diario Oficial de la Federación el jueves 31 de agosto de 1933, en cambio el Código Penal Federal se publicó el viernes 14 de agosto de 1931, en la Tercera Sección del Diario Oficial de la Federación,

²⁹⁰ DONNA, Edgardo A. *op.cit.*, p.408.

A los militares se les aplica el Código de Justicia Militar, que contiene delitos contra la disciplina militar, que de acuerdo con el artículo 57 del citado ordenamiento son las siguientes:

«Artículo 57.- Son delitos contra la disciplina militar:

I.- Los especificados en el Libro Segundo de este Código;

II.- los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;

b).- que fueren cometidos por militares en un buque de guerra o en edificio o punto militar u ocupado militarmente, siempre que, como consecuencia, se produzca tumulto o desorden en la tropa que se encuentre en el sitio donde el delito se haya cometido o se interrumpa o perjudique el servicio militar;

c).- que fueren cometidos por militares en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial conforme a las reglas del derecho de la guerra;

d).- que fueren cometidos por militares frente a tropa formada o ante la bandera;

e).- que el delito fuere cometido por militares en conexión con otro de aquellos a que se refiere la fracción I.

Cuando en los casos de la fracción II, concurren militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar.

Los delitos del orden común que exijan querrela, necesaria para su averiguación y castigo, no serán de la competencia de los tribunales militares, sino en los casos previstos en los incisos (c) y (e) de la fracción II».

La posibilidad de ser sancionado por tribunales diferentes está permitida por la Constitución. En efecto, el artículo 13 del Pacto Federal ordena:

«Art. 13.- Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército.

Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda».

3.4.2. Ultraje a la bandera nacional como delito y como infracción administrativa.

En los delitos debe tenerse un plus de ilicitud. Juan Ramón Capella nos dice que las definiciones de los ilícitos administrativos se extienden y amplían tanto como la actividad normativa y de intervención de la administración pública. El número de los comportamientos ilícitos desde el punto de vista del derecho administrativo es inmenso, y la gravedad de las sanciones cuya imposición se reserva sí la administración pública también lo es, de modo que se puede hablar de un auténtico *derecho penal administrativo*, surgido al margen del sistema de garantías del derecho penal ordinario.²⁹¹

El artículo 56 de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de febrero de 1984, -en el sexenio de la «*Renovación Moral*»-, a saber:

«Las contravenciones a la presente Ley que no constituyan delito conforme a lo previsto en el Código Penal para el Distrito Federal en materia Común, y para toda la República en materia de fuero federal, pero que impliquen desacato o falta de respeto a los Símbolos Patrios, se castigarán, según su gravedad y la condición del infractor, con multa hasta por el equivalente a doscientos cincuenta veces el salario mínimo, o con arresto hasta por treinta y seis horas. Si la infracción se comete con fines de lucro, la multa podrá imponerse hasta por el equivalente a mil veces el salario mínimo. Procederá la sanción de decomiso para los artículos que reproduzcan ilícitamente el Escudo, la Bandera o el Himno Nacionales».

3.4.3. Ultraje a la bandera nacional y ultraje bandera extranjera.

²⁹¹ CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 2001, p.215

El artículo 148, Capítulo II Violación de inmunidad y de neutralidad, Título Segundo, Delitos contra el Derecho Internacional, Libro Segundo, establece:

«Artículo 148.- Se aplicará prisión de tres días a dos años y multa de cien a dos mil pesos. por:

IV.- Todo ataque o violencia de cualquier género a los escudos, emblemas o pabellones de una potencia amiga».

3.4.4. Ultraje a la bandera nacional e injurias a la Nación.

La ley sobre delitos de imprenta publicada en el Diario Oficial de la Federación el jueves 12 de abril de 1917.²⁹²

«Artículo 3o.- Constituye un ataque al orden o a la paz pública:

I.- Toda manifestación o exposición maliciosa hecha públicamente por medio de discursos, gritos, cantos, amenazas, manuscritos, o de la imprenta, dibujo, litografía, fotografía, cinematógrafo, grabado o de cualquier otra manera, que tenga por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones fundamentales del país; o con los que se injuria a la Nación Mexicana, o a las Entidades Políticas que la forman.»

3.4.5. Ultraje al escudo y su uso indebido

Es claro que en un ultraje debe existir un animus injuriandi. La Corte ha resuelto lo siguiente:

«ESCUDO E INSIGNIAS NACIONALES, USO INDEBIDO DE. *El escudo e insignia nacionales son distintivos de las instituciones gubernamentales que en esa forma hacen patente su carácter oficial y el carácter indebido de su uso debe*

²⁹² «El C. Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, con esta fecha se ha servido dirigirme el siguiente decreto: "VENUSTIANO CARRANZA, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de las facultades de que me encuentro investido, y entre tanto el Congreso de la Unión reglamente los artículos 6 y 7 de la Constitución General de la República, he tenido a bien expedir la siguiente: LEY»

entenderse con un significado no de mera falta de respeto a las insignias patrias, sino de antijuricidad de la acción, antijuricidad que se afirma cuando el uso tiene lugar fuera de las disposiciones relativas, disposiciones que implícitamente se encuentran en la ley penal cuando sanciona ella mediante la figura descrita en el artículo 192 cualquier uso que resulta indebido si se hace fuera de los trámites oficiales y en la documentación relativa. **Primera Sala. Amparo directo 4887/51.** Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 30 de octubre de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón».

«**HIMNO NACIONAL, DELITO DE USO INDEBIDO DE.** Respecto al delito de uso indebido del Himno Nacional, debe decirse que el vocablo uso significa acción y efecto de usar, esto es, hacer servir una cosa para algo, interpretación literal que se complementa con las disposiciones contenidas en el Decreto publicado el cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, que declaró oficial el Himno Nacional editado por la Secretaría de Educación Pública y del que se agregó un ejemplar al propio decreto, prohibiendo en su artículo 2o. la alteración, corrección o modificación de la letra o música, y previniendo en su artículo 4o. que sólo podrá tocarse en actos oficiales solemnes, en festividades de carácter patriótico y en los casos a que se refiere el artículo 68 del Reglamento de Ceremonial Militar. De acuerdo con estas premisas, el delito puede tipificarse de dos maneras: tocando el Himno Nacional en su versión oficial en actos que no son de los limitativamente señalados por el decreto, o alterando la letra o música del mismo. No se está en ninguno de los dos supuestos, si en un artículo periodístico publicado por el acusado mediante el cual se dice cometido el delito, se hace referencia a una encuesta verificada entre maestros que dio por resultado el desconocimiento por parte de éstos de la letra del Himno Nacional, asentándose varios ejemplos en frases aisladas que aun cuando no son las originales del Himno Nacional, tampoco constituyen una versión alterada del coro o las estrofas; dicho de otra manera, el Himno Nacional es el canto a la patria formado por el coro y las estrofas que se adicionaron al decreto de cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, en tanto que lo publicado por el quejoso son frases irrespetuosas verdaderamente imposibles de entonarse por falta de ilación, por lo que en estricto derecho y en términos de lo preceptuado por el artículo 192 del Código Penal Federal, no puede decirse que las mismas

constituyan un uso indebido del Himno Nacional. **Primera Sala. Amparo directo 1733/72.** José León Toscano. 10 de noviembre de 1972. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Abel Huitrón y Aguado. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera».

En ambos supuestos, para que el delito se integre, es indispensable cierto ánimo de ludibrio; que la causa primordial sea injuriar la dignidad de las insignias nacionales, y no simplemente utilizarlas²⁹³ como medio para otro fin delictivo. Lo anterior, según establece la siguiente tesis:

«ESCUDO NACIONAL, USO DEL, EN DOCUMENTOS FALSIFICADOS. El delito a que se refiere el artículo 192 del Código Penal está dentro del capítulo que tiene como rubro el "ultraje a las insignias nacionales" y por lo tanto una interpretación sistemática lleva a la conclusión de que para que el delito se integre es indispensable cierto ánimo de ludibrio; pero si la utilización del escudo se hace en una relación de medio a fin, de manera que venga a formar parte de un documento falsificado, aunque es cierto que al adherirse el escudo nacional conforma una conducta indebida, sin embargo la antijuridicidad de ella no integra la figura prevista en el artículo 192 del Código Penal, sino que es uno de los medios a los que se recurre para dar apariencia de autenticidad a los documentos falsos. **Primera Sala. Amparo directo 2123/73.** Mario García Vega. 23 de noviembre de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez».

La Ley Sobre el Escudo la Bandera y el Himno Nacionales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de febrero de 1984, señala en su artículo primero:

«El Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, son los Símbolos Patrios de los Estados Unidos Mexicanos. La presente Ley es de orden público y regula las características y difusión, así como el uso del Escudo y de la Bandera, los honores de esta última y la ejecución del Himno».

²⁹³ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, *op.cit.*, p.95.

La ley describe a su vez, las características auténticas de los Símbolos Patrios, a saber:

«Artículo 2.

El Escudo Nacional está constituido por un águila mexicana, con el perfil izquierdo expuesto, la parte superior de las alas en un nivel más alto que el penacho y ligeramente desplegadas en actitud de combate, con el plumaje de sustentación hacia abajo tocando la cola y las plumas de ésta en abanico natural. Posada su garra izquierda sobre un nopal florecido que nace en una peña que emerge de un lago, sujeta con la derecha y con el pico, en actitud de devorar, a una serpiente curvada, de modo que armonice con el conjunto. Dos ramas, una de encino al frente del águila y otra de laurel al lado opuesto, forman entre ambas un semicírculo inferior y se unen por medio de un listón dividido en tres franjas que, cuando se representa al Escudo Nacional en colores naturales; corresponden a los de la Bandera Nacional.

(...)

Artículo 3.

La Bandera Nacional consiste en un rectángulo dividido en tres franjas verticales de medidas idénticas, con los colores en el siguiente orden a partir del asta: verde, blanco y rojo. En la franja blanca y al centro, tiene el Escudo Nacional, con un diámetro de tres cuartas partes del ancho de dicha franja. La proporción entre anchura y longitud de la bandera, es de cuatro a siete. Podrá llevar un lazo o corbata de los mismos colores, al pie de la moharra.

(...)»

3.4.6. Ultraje a la bandera nacional y el derogado delito de disolución social.

El artículo 145 fue adicionado el 14 de noviembre de 1941 para quedar así:

«CAPITULO III

Delitos de disolución social

Artículo 145.- Se aplicará (sic) prisión de dos a seis años, al extranjero o nacional mexicano, que en forma hablada o escrita, o por cualquier otro medio, realice propaganda política entre extranjeros o entre nacionales mexicanos, difundiendo

ideas, programas o normas de acción de cualquier gobierno extranjero, que perturbe el orden público o afecte la soberanía del Estado Mexicano.

Se perturba el orden público, cuando los actos determinados en el párrafo anterior, tiendan a producir rebelión, sedición, asonada o motín.

Se afecta la soberanía Nacional, cuando dichos actos puedan poner en peligro la integridad territorial de la República, obstaculicen el funcionamiento de sus instituciones legítimas o propaguen el desacato de parte de los nacionales mexicanos a sus deberes cívicos.

Se aplicará prisión de seis a diez años, al extranjero o nacional mexicano que, en cualquier forma, realice actos de cualquiera naturaleza, que preparen material o moralmente la invasión del territorio nacional, o la sumisión del país, a cualquier gobierno extranjero.

Cuando el sentenciado en el caso de los párrafos anteriores sea un extranjero, las penas a que antes se ha hecho referencia, se aplicarán sin perjuicio de la facultad que concede al Presidente de la República el artículo 33 de la Constitución».

El Dictamen de la Cámara de Origen decía:

«Para los Delitos de Disolución Social, la iniciativa presidencial establece una sanción de tres a seis años. La comisión estima pertinente reducir el límite mínimo de la sanción a dos años, de manera que se pueda imponer al reo desde dos hasta seis años de prisión, para el Delito de Disolución Social que consiste en la propaganda política realizada, por cualquier medio por extranjeros o nacionales mexicanos, difundiendo ideas, programas o normas de acción de los gobiernos extranjeros, que trastornen el orden público o afecten la Soberanía del Estado mexicano, porque desean dejar una mayor amplitud al arbitrio judicial para sancionar los diversos casos que llegaren a presentarse, tomando en cuenta las circunstancias que en la especie concurren; pero creen que la sanción debe ser mayor que la propuesta por el Ejecutivo para el caso del Delito de Disolución Social, consistente en la realización de actos de cualquiera naturaleza que preparen material o moralmente la invasión del territorio nacional o la sumisión del país a cualquiera potencia extranjera; para esta forma delictiva se propone una sanción de seis a diez años de prisión.

Las dos formas del Delito de Disolución Social a que antes se ha hecho referencia se consideran en un solo artículo, con su sanción para cada caso, pues de adoptar el procedimiento de la iniciativa, los nuevos artículos duplicados que se habrían de introducir, corresponderían al Capítulo I, del Título Tercero, del Libro Primero del Código en vigor, relativo a delitos contra el Derecho Internacional (Piratería)».

3.5. Criterio de tribunales extranjeros y otros casos.

3.5.1. Alemania. Verunglimpfung der Bundesflagge. En el viejo continente, el Tribunal Federal Constitucional de Alemania²⁹⁴ ha tenido oportunidad de analizar asuntos similares al caso planteado. Se trata de las resoluciones conocidas como «Bandera Federal» –*Bundesflagge*,²⁹⁵ «Himno Nacional» y «Alemania debe morir», las dos primeras fueron resueltas el 7 de marzo de 1990 en tanto que la última, el 3 de noviembre de 2000. Las tres resoluciones que se combatieron fueron anuladas por el Alto Tribunal porque se violaba la garantía de libertad artística, la cual está contenida en el artículo 5º de la Constitución de Alemania. Cabe señalar que los tres asuntos se derivaron de recursos de queja constitucional,²⁹⁶ al respecto Jutta Limbach comenta que a través del recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), cualquier persona puede pedir

²⁹⁴ Marcela Anzola comenta que la Ley Fundamental instituyó la jurisdicción constitucional, que es ejercida por el Tribunal Constitucional Federal, que como custodio supremo de la Constitución y órgano constitucional dotado de la máxima autoridad, constituye una institución autónoma e independiente de la totalidad de los restantes órganos constitucionales” en *Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

²⁹⁵ *Beschluß* des Ersten Senats vom 7 März 1990.

²⁹⁶ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, comenta que aun cuando dos de las máximas autoridades en materia constitucional (Cappelletti en Italia y Fix Zamudio en Méjico) traduzcan *Verfassungsbeschwerde* por recurso constitucional, los diversos significados de *Beschwerde* /carga, gravamen , queja, reclamación, protesta) hacen difícil su trasplante exacto a otros idiomas, con tanto más motivo cuanto que a su vez *queja*, que quizás sería el que se correspondiese mejor en ella, tiene en la terminología procesal española distintas acepciones. Por otra parte, en atención a su finalidad, y cotejándola en mi patria con los de la Constitución republicana de 1931 y de la ley de 1933 sobre el tribunal de garantías constitucionales, la *Verfassungsbeschwerde* está más próxima del recurso de amparo (de “garantías constitucionales” en España” en España y de “derechos fundamentales en Alemania) que del de inconstitucionalidad, hecha la aclaración de que conforme al trinomio *pleito* (civil), *causa* (penal), y *recurso* (contencioso-administrativo y constitucional), este último vocablo equivale entonces a *proceso* que a *medio impugnativo*” en *Cuestiones de Terminología Procesal*, México, UNAM, 1972, p.187-8.

protección ante el Tribunal Constitucional Federal cuando considere que ha sido lesionada en sus derechos fundamentales por actos del poder público.²⁹⁷

En el asunto de *Bandera Federal* identificado con el número 81/278, se resolvieron dos asuntos, el 266/86 y el 913/90. En el primero, el quejoso recurrió su condena en la que fue sentenciado a una multa –*Geldstrafe*-; era un gerente de una compañía de distribución de libros –*Geschäftsführer einer Buchvertriebsgesellschaft*-, la cual vendió numerosos ejemplares del libro «Déjenme en paz» donde se hacía una crítica antimilitar en la que se utilizaron caricaturas y collage.

La contraportada del libro contiene la parte que interesó a la resolución. En ella aparecen dos imágenes, la primera, que está colocada en la parte inferior - *Die untere Hälfte der Darstellung*- tiene una ceremonia de juramento - *Gelöbniszeremonie der Bundeswehr*- donde algunos soldados detienen una bandera, en el fondo se ve un cuartel y un mástil; la segunda imagen, que se encontraba en la parte superior, tenía el torso de un hombre que sobresalía como un gigante detrás del piso del cuartel; la bragueta estaba cubierta con la mano derecha y detrás de ella emergía un chorro de orina – *Urinstrahl* - que se dirigía a la bandera -*der im Wege der Fotomontage in das untere Bild auf die dort ausgebreitete Fahne gelenkt wird*- debajo de la bandera estaba representado un charco de orina –*Urinpfütze*- . Es decir, la combinación de las imágenes traía como resultado que pareciera que la orina caía sobre la bandera.

El Juzgado de Primera Instancia –*Amtsgericht*- consideró que la orina sobre la bandera significaba un descrédito -*das Urinieren auf diese Flagge bedeute eine*

²⁹⁷ En “Función y significado del recurso constitucional en Alemania”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, *Cuestiones Constitucionales*, Número 3 Julio-Diciembre 2000, p.68; Héctor Fix Zamudio comenta al respecto que «...por medio del recurso constitucional alemán, según se ha dicho, sólo pueden tutelarse los llamados derechos fundamentales (*Grundrechte*), que son aquellos señalados como tales por la Constitución federal, como una especie del género de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, si bien además pueden tutelarse por esa vía los que se consideran equiparados a los primeros» en “[El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán \(breves reflexiones comparativas\)](#)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXVI, Número 77 Mayo-Agosto 1993, p.479.

Verächtlichmachung-, equivalía a un grave ofensa al honor –Ehrenkränkung- Más adelante el Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso de revisión - *-Das Oberlandesgericht verwarf die Sprungrevision des Beschwerdeführers-* porque consideró que la bandera federal y su libre y democrático orden fundamental fueron desprestigiados. *-Die Bundesflagge, Symbol der Bundesrepublik Deutschland und ihrer freiheitlichen demokratischen Grundordnung, werde verächtlich gemacht und damit Ehre und Ansehen des von ihr symbolisierten Staates und seiner Ordnung erheblich verletzt-*.

Posteriormente, el quejoso alegó ante el Tribunal Constitucional en el recurso de queja constitucional una violación a la libertad artística –que en el derecho alemán está especializada respecto a la libertad de expresión-, donde señaló que la bandera no pertenecía a los más altos valores constitucionales *-Die Bundesflagge gehöre nicht zu den obersten Verfassungswerten-*. Además agregó que la utilización de la bandera en el marco de una obra de arte política de ninguna manera puede implicar un peligro actual y directo a la estabilidad de la República Federal de Alemania y su orden fundamental *-Ihre Verwertung im Rahmen eines politischen Kunstwerks könne jedenfalls keine unmittelbare und gegenwärtige Gefahr für den Bestand der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Grundordnung bedeuten-*

Además, hizo un alegato muy interesante sobre la interpretación del fotomontaje; señaló que el Collage no denigraba los colores de Alemania, sino que la agresión se dirigía contra la toma de juramento del ejército, por lo cual la bandera tuvo que ser necesariamente utilizada *- Der satirische Angriff richte sich gegen das Vereidigungszeremoniell der Bundeswehr, bei welchem die Bundesflagge notwendigerweise benutzt werde-*; dijo, además, que en el libro se hacía una crítica contra la militarización de la vida pública en Alemania *- Militarisierung des öffentlichen Lebens in der Bundesrepublik-*. Desde ese punto de vista, podría preguntarse, señaló, si se había colmado el tipo penal. *- Aus dieser Sicht sei schon fraglich, ob die Fotomontage überhaupt den Tatbestand des § 90 a StGB erfülle-*

El Ministro de Justicia, en nombre del Gobierno alemán, -Bundesminister der Justiz namens der Bundesregierung- señaló que era una primitiva representación de un acto obsceno sin ningún perceptible «valor cultural» -*primitive Darstellung obszöner Handlungen ohne erkennbaren künstlerischen Aussagewert*-, agregó que la bandera sirve al cuidado del estado, fortalece el espíritu de solidaridad de los ciudadanos y es un importante medio de integración -*Die Flagge diene vielmehr der Staatspflege, stärke das Gemeinschaftsgefühl der Staatsbürger und sei ein wichtiges Integrationsmittel*.

La cancillería de Hessen -*Hessische Ministerpräsident*- argumentó que de la ponderación de los bienes constitucionales en colisión resultaba que la libertad de arte y el artículo 22 constitucional, debía ceder el primero -*Die erforderliche Abwägung der Schutzbereiche beider Normen ergebe, daß die Kunstfreiheit hier zurücktreten müsse*-. Esgrimió que en dicho artículo se encarna el prestigio del estado democrático -*In ihr verkörpere sich das Ansehen des demokratischen Staates*-

Como habíamos dicho, se siguieron dos procesos en la decisión que tomó el BVerfG; en el segundo caso -1 BvR 913/87, el quejoso - Der Beschwerdeführer - se refirió en contra de una persona que perteneció a la redacción de una revista llamada "MITBÜRGER! - Odenwälder Flugschrift "*Der Beschwerdeführer gehörte der Redaktion der Zeitschrift "Mitbürger*-, en donde fue mostrado el collage del caso anterior, con algunos comentarios. Se le condenó a una multa porque, según el Tribunal de Primera Instancia, se hacía un crudo menosprecio del Estado y sus símbolos. *Das Amtsgericht verurteilte den Beschwerdeführer wegen Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole zu einer Geldstrafe*-

Señaló que se causó un desagradable y particularmente hiriente y crudo menosprecio del estado y su símbolo, la bandera -*nach eine häßliche, besonders verletzende und rohe Mißachtung des Staates und seines Symbols*-Esgrimió que

el artículo 90^a protege el prestigio y la dignidad del Estado *-das Ansehen und die Würde des Staates, die durch diese Strafnorm geschützt würden.*

Detrás de ambos bienes jurídicos se encuentra la solidez de la República Federal de Alemania y su orden constitucional, *Hinter beiden Rechtsgütern stehe die Bestandskraft der Bundesrepublik Deutschland und ihrer verfassungsmäßigen Ordnung.*

Posteriormente, el Tribunal Regional, *Die Berufung des Beschwerdeführers verwarf das Landgericht mit folgender Begründung:* afirmó que la República Federal fue desprestigiada de una manera injuriosa y repugnante *-die Bundesrepublik in einer besonders schimpflichen und widerwärtigen Weise verächtlich gemacht worden.*

Dijo que el comportamiento del quejoso no es está justificado ni por medio de la libre manifestación ni por la garantía de la libertad artística *Das Verhalten des Beschwerdeführers sei auch weder durch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung noch durch die Kunstfreiheitsgarantie gerechtfertigt gewesen.* También esgrimió que el citado artículo penal protege el prestigio y la dignidad del Estado, que están protegidos por el orden constitucional *- das Ansehen und die Würde des Staates.*

Señaló que la bandera es un símbolo para el democrático y libre Estado de Derecho y tiene un efecto integrador *-Sie sei Sinnbild für den freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat und habe eine integrierende Wirkung-*

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso de revisión. *Die Revision verwarf das Oberlandesgericht nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet.*

En el recurso de queja constitucional alegó una violación a sus derechos constitucionales establecidos en el artículo 5, párrafos primero y segundo *-Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 und 3*

GG: además alegó que la acción se dirigía a la ceremonia de juramento y no a la bandera federal *-gegen das Vereidigungszeremoniell und nicht gegen die Bundesfarben als solche-*.

La cancillería de Hessen opinó que el recurso era infundado. Dijo que la ponderación de los bienes constitucionales en colisión daba por resultado que la libertad de arte debe pasar a segundo plano. *Die Hessische Staatskanzlei hält die Verfassungsbeschwerde für unbegründet: Bei einer Abwägung der kollidierenden Verfassungsgüter ergebe sich, daß die Kunstfreiheit hinter dem Schutz des staatlichen Ansehens zurücktreten müsse.*

Como dijimos arriba, el Tribunal Federal Alemán resolvió los dos asuntos en la misma resolución, donde señaló que la queja constitucional – *Verfassungsbeschwerde-* estaba fundada. Esgrimió que las resoluciones afectaban a los quejosos en su derecho contenido en el artículo 5º, párrafo tercero, enunciado uno, que se refiere a la libertad artística - *Die Verfassungsbeschwerden sind begründet. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG.*

Según el Alto Tribunal, la libertad artística encuentra sus límites no sólo en los derechos de terceros sino que puede entrar en conflicto con disposiciones constitucionales de todo tipo, porque una vida en común no solo presupone recíprocas consideraciones de los ciudadanos, sino también un funcional orden estatal. *Die Garantie des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG findet ihre Grenzen nicht nur in den Grundrechten Dritter. Vielmehr kann sie mit Verfassungsbestimmungen aller Art kollidieren (vgl. BVerfGE 30, 173 [193]; Lerche, BayVBl. 1974, S. 177 [180 f.]); denn ein geordnetes menschliches Zusammenleben setzt nicht nur die gegenseitige Rücksichtnahme der Bürger, sondern auch eine funktionierende staatliche Ordnung voraus.*

Comentó que el párrafo primero del artículo 90 protege la bandera de la República de Alemania como símbolo estatal, esa protección está fundada en la Constitución -§ 90 a Abs. 1 Nr. 2 StGB, auf dem die Bestrafung der Beschwerdeführer beruht, schützt die Flagge der Bundesrepublik Deutschland als staatliches Symbol. Dieser Schutz ist in der Verfassung begründet- Asimismo que el fin del símbolo estatal es apelar al sentimiento estatal del ciudadano -Zweck dieser Sinnbilder ist es, an das Staatsgefühl der Bürger zu appellieren-

Afirmó que a la luz del párrafo tercero del artículo 5º, la protección a los símbolos no puede conducir hacia la inmunización del Estado frente a la crítica está permitido proteger al estado y sus símbolos a través del artículo 90ª del Código Penal alemán pero no para inmunizar al Estado frente a la crítica. *Im Lichte des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG darf der Symbolschutz indessen nicht zur Immunisierung des Staates gegen Kritik und selbst gegen Ablehnung führen.* Por eso es necesario en el caso particular hacer una ponderación de los bienes constitucionales en conflicto *Es bedarf daher im Einzelfall einer Abwägung der widerstreitenden Verfassungsrechtsgüter*

En suma, el Tribunal Federal Constitucional Alemán no considera inconstitucional al delito de ultrajes a la bandera, por el contrario afirma que el Estado puede proteger sus símbolos, sin embargo, cuando entren en colisión la libertad de expresión con la protección a la bandera, debe hacerse un balance de la situación concreta, es decir, un análisis caso por caso, por lo que no puede aplicarse mecánicamente ninguna de las dos posturas.

El segundo asunto, «Alemania debe morir», identificado con el número 581/00, fue resuelto en forma unánime por los jueces Künling, Hömig y Jaegaer. En este asunto, el quejoso, al final de un mitin, se hizo tocar en un automóvil con altavoz una canción del Grupo Slime *Gegen Ende der Kundgebung legte der Beschwerdeführer dennoch eine Musikkassette mit dem Lied «Deutschland muss sterben» der Gruppe Slime in eine Musikanlage ein. Das von einem*

*Lautsprecherwagen in großer Lautstärke abgespielt und für die
Versammlungsteilnehmer, die den Liedtext teilweise mitsangen*

La canción decía lo siguiente:

«Donde los fascistas y multinacionales gobiernan el país
donde la vida y el medio ambiente a nadie le interesan
donde todos los hombres pierden su derecho
Ahí sólo puede suceder:

Alemania debe morir para que podamos vivir
Alemania debe morir para que podamos vivir
Alemania debe morir para que podamos vivir”
Deutschland muß sterben, damit wir leben können

Más adelante se dice que:

“Donde los misiles y tanques aseguran la paz
AKW´s y computadoras la vida mejoran
Robots armados por todos lados
Alemania, nosotros te derribamos»

El juzgado de primera instancia señaló que haber tocado la canción en una reunión, la República Federal de Alemania había sido injuriada y desprestigiada de mala fe. *-Er habe durch Abspielen des Liedes bei einer Versammlung die Bundesrepublik Deutschland beschimpft und böswillig verächtlich gemacht-* En las subsecuentes instancias desestimaron los recursos del quejoso *-Kammergericht y el Landgericht*. Finalmente, interpuso queja constitucional.

El Tribunal Constitucional Alemán señaló que la canción «Alemania debe morir» es arte en el sentido de la libertad artística *-Das Lied "Deutschland muss sterben" ist Kunst im Sinne dieses Grundrechts*. El Tribunal Constitucional Alemán

consideró que el autor utiliza la poesía para informar sus experiencias e impresiones de los acontecimientos de determinados acontecimientos de la vida *Der Verfasser benutzt die Formensprache eines Liedes, um seine Erfahrungen und Eindrücke zu bestimmten Vorgängen mitzuteilen*

Señaló que es incorrecta la interpretación del *Amtsgericht* respecto al satírico, distanciado y metafórico de la obra. *-Diese Interpretation wird dem satirischen, verfremdenden und metaphorischen Gehalt des Werks jedoch nicht gerecht-* Con la canción «Alemania debe morir» se hace perceptible una atrevida, drástica crítica con una textura satírica sobre la situación social y política en Alemania *eine plakative, drastische Kritik mit satirischem Einschlag an gesellschaftlichen und politischen Zuständen in Deutschland-* La intención crítica de la canción es inequívoca *Die kritische Absicht des Liedes ist unverkennbar.*

Con la línea «Alemania debe morir para que podamos vivir» se utiliza un usual medio estilístico de naturaleza poética, el cual es transmitido un sentimiento de vida de libertad, desesperanza *-ein gängiges dichterisches Stilmittel verwendet, mit dem ein Lebensgefühl von Fremdheit und Hoffnungslosigkeit.*

EL Tribunal Constitucional Alemán comentó que en el año 1844 Heinrich Heine escribió una crítica agria de las situaciones de la época *-In einem 1844 erschienenen Gedicht formuliert Heinrich Heine eine kaum weniger radikale und bittere Kritik an den Zeitumständen-* El poema fue de los «tejedores silesianos».

Die schlesischen Weber

En sombríos ojos no hay lágrimas
Ellos se sientan en el telar a regañadientes
Alemania, tejemos tu sudario
Tejemos en él tres maldiciones
Tejemos, tejemos
*Im düstern Auge keine Träne,
Sie sitzen am Webstuhl und fletschen die Zähne:*

*Deutschland, wir weben dein Leichentuch,
Wir weben hinein den dreifachen Fluch –
Wir weben, wir weben!*

Una maldición al Dios al que le hemos rezado
En el frío invernal y hambrunas
Nosotros hemos confiado y esperado
Él se ha burlado de nosotros
Tejemos, tejemos

*Ein Fluch dem Gotte, zu dem wir gebeten
In Winterskälte und Hungersnöten;
Wir haben vergebens gehofft und geharrt,
Er hat uns geäfft und gefoppt und genarrt –
Wir weben, wir weben!*

Una maldición al rey, rey del reino
A él nuestra miseria no lo ha ablandado
Hasta nuestro último céntimo nos ha extorsionado
Y como perros nos ha mandado matar a tiros
Tejemos, tejemos

*Ein Fluch dem König, dem König der Reichen,
Den unser Elend nicht konnte erweichen,
Der den letzten Groschen von uns erpreßt
Und uns wie Hunde erschießen läßt –
Wir weben, wir weben!*

Una maldición a la falsa patria
Prosperamos entre la ignominia y la vergüenza
Donde cada flor temprano se dobla
Donde la putrefacción y el fango refrescan al gusano
Tejemos, tejemos

*Ein Fluch dem falschen Vaterlande,
Wo nur gedeihen Schmach und Schande,
Wo jede Blume früh geknickt,
Wo Fäulnis und Moder den Wurm erquickt –*

Wir weben, wir weben!

La lanzadera es echada, el telar truena

Tejemos laboriosamente día y noche

Alemania vieja, tejemos tu sudario

Tejemos tres maldiciones

Tejemos, tejemos.

Das Schiffchen fliegt, der Webstuhl kracht,

Wir weben emsig Tag und Nacht –

Altdeutschland, wir weben dein Leichentuch,

Wir weben hinein den dreifachen Fluch,

Wir weben, wir weben!

Por otra parte, el tercer asunto estaba relacionado con el himno federal. En agosto de 1986 fue publicado en la revista «Plärrer», -de la cual el otro quejoso era el responsable de redacción-, una parodia del himno de Alemania. El Ministerio de Justicia esgrimió que se lesionaba el derecho de personalidad del ciudadano y - *verletze das allgemeine Persönlichkeitsrecht ihrer Bürger –* Agregó que el motivo, la forma y el marco exterior de la denigración fueron tan grave que la libertad artística debe cesar. *Das Motiv, die Form und der äußere Rahmen der Verunglimpfung seien so schwerwiegend, daß die Kunstfreiheit zurücktreten müsse.*

El Tribunal Constitucional Alemán consideró que el autor utiliza la poesía para informar sus experiencias e impresiones de los acontecimientos de determinados acontecimientos de la vida -*Der Verfasser benutzt die Formensprache des Gedichts, um seine Erfahrungen und Eindrücke zu bestimmten Lebensvorgängen mitzuteilen-* Señaló que fue incorrecto el tipo de interpretación que realizó juzgado de primera instancia respecto al contenido satírico de la obra -*Diese Art der Interpretation wird dem satirischen Gehalt des Werks nicht gerecht; sie verletzt die Kunstfreiheitsgarantie*

Agregó que de la protección al himno es fundada en la constitución *Dieser Schutz der Hymne ist wie derjenige der Flagge (vgl. den Beschluß vom heutigen Tage 1 BvR 266/86 u. 1 BvR 913/87 unter B II 2 b) in der Verfassung begründet.*

Como podemos apreciar, el Tribunal Constitucional Alemán ha analizado caso por caso los asuntos relacionados con la violación a la libertad de expresión, apreciando las circunstancias especiales, sin aplicar la ley en forma mecánica.

3.5.2. Estados Unidos. *Flag desecration.*

En los Estados Unidos la magistratura goza de un gran reputación interna, como dice John Henry Merryman «en el mundo de derecho común sabemos lo que es un juez. Es un héroe cultural, incluso una figura paternal».²⁹⁸

Ahora bien, la Suprema Corte de los Estados Unidos²⁹⁹ tiene una gran reputación a nivel mundial puedo asegurar que en casi todo Occidente se estudian sus resoluciones e incluso se citan sus criterios. Richard B. Morris dijo alguna vez que la Suprema Corte de los Estados Unidos la «conciencia de la constitución».³⁰⁰

Respecto a la libertad de expresión, en 1937 su presidente Charles Evans Hughes, explicó:

«Cuanto mayor es la importancia de salvaguardar a la comunidad de las incitaciones a destruir nuestras instituciones mediante la fuerza y la violencia, más imperativa es la necesidad de preservar incólumes los derechos

²⁹⁸ MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, tr. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p.72.

²⁹⁹ Marce-France Toinet comenta que "...señorea la doble jerarquía federal y estatal, pues es el único que tiene existencia constitucional; todos los demás tribunales federales fueron creados –y por consiguiente, podrían ser suprimidos- por el Congreso" en *El Sistema Político de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 197.

³⁰⁰ Citado por CHALBAUD Z., Reinaldo, "[El sistema político de los Estados Unidos](#)", *Estudios en honor del Doctor Luis Recaséns Siches*, T.II, México, UNAM, 1987, p.168; James Bryce dijo que «pocas instituciones norteamericanas son más dignas de estudio y admiración; no hay parte alguna del sistema norteamericano que haga más honor a sus autores», citado por CHALBAUD Z., Reinaldo, *op. cit.* p.168.

*constitucionales de libertad de palabra, prensa y reunión, con el fin de mantener abierta la oportunidad de una libre discusión política para que el gobierno responda a la voluntad del pueblo y para que los cambios, si se desean, se efectúen por medios pacíficos. En esto yace la seguridad de la República, el fundamento mismo de un gobierno constitucional».*³⁰¹

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha resuelto varios asuntos relacionados con injurias a la bandera, como el de *Street v. New York*, *Smith v. Goguen*, *Spence v. Washington*, *Johnson v. Texas*, *United States v. Eichman*. Elder Witt comenta lo siguiente respecto a los primeros:

«El caso de Street contra Nueva York (1968) se refería a un hombre que protestó por la muerte a tiros del activista del movimiento de derechos civiles James Meredith, quemando públicamente la bandera mientras declaraba: “Si le hicieron eso a Meredith, no necesitamos la bandera estadounidense. Se le sentenció bajo una ley de Nueva York que penalizaba la mutilación o el desprecio a la bandera ya fuera con palabras o acciones. Al anular la condena, la Suprema Corte manifestó que el estatuto, según se le había aplicado a Street, era demasiado amplio pues permitía castigar sus palabras, las cuales estaban protegidas por la Primera y la Decimocuarta enmiendas.

En el segundo caso, la Corte anuló la sentencia de un hombre que pegó una pequeña bandera al trasero de sus pantalones. En Smith contra Goguen (1974) la Corte dictaminó que el estatuto de Massachussets, el cual proscribía el tratamiento desdeñoso de la bandera, resultaba inconstitucionalmente ambiguo ya que no deslinda con claridad suficiente los tipos de tratamiento no ceremonioso [de la bandera] que son delitos de los que no lo son.

En el tercer caso, la Suprema Corte abordó el problema constitucional. La causa Spencer contra Washington (1974) se presentó cuando un estudiante hizo ondear de cabeza abajo una bandera, a la que había superpuesto el símbolo de la paz, desde la ventana de su departamento. El estudiante protestaba por la

³⁰¹ Citado por Elder WITT, *La Suprema Corte de Justicia y los Derechos Individuales*, México, Ediciones Gernika, 1995, p.16.

*invasión a Camboya y el asesinato de cuatro estudiantes de la Universidad Estatal Kent, que se manifestaban por el hecho».*³⁰²

Ahora veamos los casos *Johnson v. Texas* y *United States v. Eichman*.

En el primero de ellos, el acusado, Gregory Lee Johnson, participó en una manifestación política para protestar contra las políticas de la administración Reagan y de algunas corporaciones establecidas en Dallas. Después de realizar una marcha por las calles de la ciudad, Johnson quemó una bandera americana mientras los demás protestantes gritaban consignas. Nadie fue herido físicamente, ni tratado con violencia; sin embargo, muchos testigos fueron seriamente ofendidos por la quema de bandera. Johnson fue condenado por profanar un objeto valioso, en violación a un estatuto de Texas, lo cual fue ratificado por una Corte Estatal de Apelación.

A pesar de esto, la Corte de Apelación Criminal de Texas rechazó el fallo, alegando que el Estado consistente con la Primera Enmienda, no podía castigar a Johnson por quemar la bandera en esas circunstancias. La Corte encontró que la quema de la bandera, llevada a cabo por Johnson, era una conducta de expresión protegida por la Primera Enmienda. La Corte concluyó que el Estado no podía sancionar criminalmente la profanación de la bandera por considerarla un símbolo de unidad nacional. También resaltó que el estatuto, supuestamente violado, no coincidía con la meta del estado de prevenir la ruptura de la paz, toda vez que dicho estatuto no era lo suficientemente estrecho como para abarcar solamente las quemaduras de bandera que pudieran resultar en un serio disturbio, sino que, en el caso específico de esta quema, no significó una amenaza capaz de provocar tal reacción. Más adelante, hace énfasis en que otro estatuto tejano prohibía las amenazas a la paz y, entonces, podría ser usado para prevenir disturbios, sin castigar esta profanación a la bandera.

³⁰² WITT, Elder, *op. cit.*, p.60.

El resultado del fallo fue que la condena de Johnson por profanación de la bandera fue declarada contraria a la Primera Enmienda. En la sentencia se dijo que bajo las circunstancias en que se llevó a cabo, la quema de bandera realizada por Johnson constituye una conducta de expresión, permitiéndole invocar la Primera Enmienda.

Texas no demostró otro interés –continúa la sentencia- que no fuera el de reprimir la libertad de expresión. El interés por prevenir la ruptura de la paz no está implicado en este asunto. La expresión no deberá ser prohibida en base a que una audiencia pueda verse ofendida por alguna expresión. El gobierno no puede asumir que cualquier expresión de una idea provocativa incitará a un disturbio, sino que, en su lugar, debe analizar las circunstancias alrededor de dicha expresión.

La restricción de la expresión de Johnson está fuera de la ley, debido a que el estatuto de Texas no está destinado a proteger la integridad física de la bandera bajo cualquier circunstancia, sino para protegerla de un intencional y conocido abuso que pudiera resultar en una seria ofensa para otros. El gobierno no debe prohibir la expresión verbal o no verbal de una idea simplemente porque la sociedad encuentre dicha idea ofensiva o desagradable, aun cuando la bandera esté involucrada”

El juez Brennan, quien entregó la opinión de la Corte aseveró: «Si hay un principio de fondo subyacente en la Primera Enmienda, es que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad encuentra la idea misma ofensiva o desagradable... No hemos reconocido ninguna excepción a este principio, ni siquiera en los casos en que nuestra bandera esté involucrada. En el caso *Street v. Nueva York* 394 U.S. 576 (1969) sostuvimos que un Estado no puede castigar criminalmente a una persona por el hecho de expresar palabras críticas a la bandera». Adicional a lo anterior, señaló que:

«En otras palabras, ningún precedente supone que un estado pueda imponer su propia visión acerca de la bandera, prohibiendo así ciertas conductas expresadas hacia ésta. Nunca hemos apoyado el hecho de que el Gobierno imponga, como condición para usar un símbolo, el que éste sea utilizado solamente para expresar cierta idea o representación...no es lo mismo decir que el gobierno tiene un legítimo interés en promover el uso correcto de la bandera, a admitir la posibilidad de castigar criminalmente a una persona por quemar una bandera como medio de expresión política»

Estamos convencidos de que nuestra conclusión de hoy, por la cual prohibimos el castigo criminal para conductas tales como las de Johnson, no pondrá en peligro el especial rol que nuestra bandera tiene».

El caso United States v. Eichman fue muy similar al de Johnson, el cual, basándose en la sentencia de éste, fue resuelto en forma favorable por la Suprema Corte de los Estados Unidos, El juez Brennan quien volvió a entregar la opinión de la Corte señaló «Estamos conscientes de que la injuria a la bandera es un acto profundamente ofensivo para muchas personas. Pero también podría decirse lo mismo de, por ejemplo, la utilización de epítetos étnicos y religiosos virulentos, los actos inciviles de repudio al servicio militar obligatorio y las caricaturas insidiosas».

3.5.3. Colombia. Recientemente la Corte Constitucional de Colombia en la sesión de la Sala Plena celebrada el día 26 de agosto de 2009³⁰³ examinó el tipo penal acusado frente a los cargos de vulneración del derecho a la libertad de expresión, del principio del pluralismo y del principio de legalidad en materia penal. En primer lugar reiteró su jurisprudencia en torno a la importancia del derecho a la libertad de expresión en el marco de una sociedad democrática e hizo alusión a los deberes constitucionales relacionados con el respeto a los símbolos patrios. Para resolver los cargos planteados sometió la disposición acusada a un juicio de proporcionalidad y concluyó que si bien la disposición acusada perseguía fines constitucionalmente legítimos, no era necesaria pues los mismos propósitos

³⁰³ Expediente D-7584 -Sentencia C-575/09, Magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

podían ser alcanzados con otro tipo de medidas de carácter administrativo y policivo, las cuales resultaban menos gravosas respecto de los otros derechos y principios constitucionales en juego. Igualmente consideró que el artículo 461 de la Ley 599 de 2000 era inconstitucional debido a que el tipo penal no era claro en cuanto al tipo de conductas que cobijaba el verbo rector.

Otro caso interesante fue la aclaración de voto se sentencia de Alejandro Martínez Caballero. Antes de comentar los pormenores de esta aclaración de voto, es necesario hacer algunos comentarios respecto a la justicia constitucional colombiana, que se ha desarrollado ampliamente, por ello, Carlos Ayala Corao esgrime con razón que ducha Corte Constitucional se ha convertido, en términos generales, en el tribunal con la jurisprudencia más garantista del hemisferio, a través de tesis de avanzada en relación con el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales.³⁰⁴

Se compone de nueve magistrados electos por el Senado a partir de ternas que presenta el presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.³⁰⁵ Cabe señalar que el presente asunto derivó de una acción pública de inconstitucionalidad, que es de reciente cuño –Constitución Política del 91-, pues como expresa Julio Cesar Ortiz:

«...la centenaria institución pública de inexequibilidad, fue modificada y en su lugar se tiene un instrumento renovado de promoción de justicia constitucional,

³⁰⁴ En “Protección internacional de la libertad de expresión”, *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Miguel Carbonell (compilador) Porrúa, México, 2004, p 307; Igualmente, Julio César Ortiz comentaba que, de acuerdo con la doctrina de su país: «...en la República de Colombia se ha configurado, con el transcurso de los acontecimientos y en virtud de una muy rica experiencia jurídico-política, uno de los sistemas más completos de control de constitucionalidad de cuantos existen en el mundo occidental»; en “El sistema de control constitucional en Colombia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXIV, Número 71 Mayo-Agosto 1991, p.481.

³⁰⁵ De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 239, Capítulo 4, “De la Jurisdicción” de la Constitución Política de Colombia.

*denominado acción pública de inconstitucionalidad que permite a la Corte operar con dichos fines disponiendo de los efectos temporales de sus fallos...».*³⁰⁶

Ahora bien, Alejandro Martínez Caballero, integrante de la Corte Constitucional de Colombia, aclaró su voto respecto a la sentencia C-469/97 relativa al ejercicio de una acción pública de inconstitucionalidad³⁰⁷ (proceso constitucional)³⁰⁸ por la cual se demandó la inexecuibilidad (inconstitucionalidad) de diez de las once estrofas del Himno Nacional de Colombia y las normas que la adoptaron oficialmente, la cual fue desestimada por la Corte colombiana, sin embargo, al motivar la resolución se hicieron afirmaciones relacionadas con el significado de los símbolos patrios, por lo que resultan de interés para el presente estudio. La sentencia esgrime lo siguiente:

«Los símbolos patrios -la bandera, el escudo y el himno- son la representación material de toda una serie de valores comunes a una Nación constituida como Estado. Por ello, estos símbolos se han considerado siempre como objeto del respeto y la veneración de los pueblos que simbolizan. Y por ello, también, la mayoría de las legislaciones del mundo los protegen, y sancionan su irrespeto como falta grave, a veces como delito».

Como se advierte, la Corte Constitucional determinó que los símbolos patrios tienen una naturaleza representativa, pero lo más interesante es la expresión

³⁰⁶ En "[La Constitución colombiana de 1991 y las nuevas bases normativas para la impartición de justicia](#)", V CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, México, UNAM, 1998, p.722.

³⁰⁷ La cual encuentra su fundamento en el artículo 241 de la Constitución Política **que a la letra ordena:** «A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación».

³⁰⁸ Julio Cesar Ortiz comenta que «...en el sistema anterior no podía hablarse de proceso constitucional sino apenas de procedimientos de control de constitucionalidad; ahora, a la luz de la nueva Constitución y de los elementos legales de regulación de la acción pública de inconstitucionalidad y de la tutela, se configura la noción de proceso constitucional, porque la Corte debe comunicar al gobierno y al Congreso lo mismo que a los demás órganos de la administración que participaron en la expedición del acto, la iniciación del proceso para hacerlos parte de la actuación», *op. cit.* p.721.

«valores comunes», que tiene un eminente sabor sociológico. Al respecto Alejandro Martínez Caballero comentó lo siguiente:

«Según mi criterio, no pugna con la Constitución que el Legislador adopte unos símbolos patrios, como una determinada bandera, un escudo o un himno nacional específico, ya que la propia Carta destaca, en el Preámbulo, que el fortalecimiento de la unidad nacional es uno de los valores esenciales del ordenamiento, y tales símbolos pueden contribuir a desarrollar un sentimiento de identidad nacional entre los colombianos. Sin embargo, lo anterior no significa que esos símbolos deban siempre ser considerados, como lo sugiere la sentencia, "como objeto del respeto y la veneración de los pueblos que simbolizan". Tampoco creo que la penalización del irrespeto a esos símbolos sea también legítima en todos los casos, como también lo insinúa la parte motiva. En efecto, la sentencia, al indicar que el artículo 117 del estatuto penal sanciona con prisión el ultraje público de estos símbolos, agrega que "no puede ser de otro modo, si se tiene en cuenta que la ofensa infligida a uno de estos símbolos se entiende hecha al honor y al sentimiento de todo un pueblo que ven en ellos encarnado su ideal de patria". No puedo compartir la anterior afirmación, pues considero que tiende a sacralizar los símbolos patrios, con lo cual sobrevalora la protección de la unidad nacional, en detrimento de otros valores constitucionales, como el pluralismo y la libertad de expresión.

Así, si bien en general es válido que la ley sancione las afrentas a los símbolos patrios, en ocasiones esta protección plantea agudos problemas constitucionales. Supongamos por ejemplo que un grupo de personas protesta políticamente contra una determinada medida del Estado colombiano, por cuanto consideran que ha discriminado a una minoría étnica. Supongamos igualmente que, como elemento de esa protesta, estos manifestantes queman la bandera colombiana. ¿Podemos afirmar en tal caso que es necesario encarcelar a estas personas porque han vulnerado el sentimiento patrio de todos los colombianos? La respuesta no es evidente, pues la quema de la bandera no fue efectuada con la intención de agredir el sentimiento nacional de los otros colombianos sino que fue un hecho simbólico para protestar contra una determinada política estatal. Por consiguiente, tales conductas generan muchos interrogantes constitucionales, que no son de fácil respuesta. Así, no es claro hasta qué punto esos actos contra los símbolos patrios pueden ser, en determinadas circunstancias, una

manifestación de la libertad de expresión, la cual se encuentra protegida por la Constitución, en especial en el campo político».

De lo anterior se advierte que el magistrado pretende establecer *salvedades* en relación con el irrespeto a los símbolos patrios, porque la sentencia, a su parecer, los sacraliza, sobrevalorando la protección de la unidad nacional, lo que provoca un detrimento en otros valores constitucionales como el pluralismo y la libertad de expresión. No debe pasar desapercibido el lenguaje que utiliza el magistrado, toda vez que denota un conocimiento de los nuevos problemas constitucionales, especialmente el del *pluralismo*.

Concluye de la manera siguiente:

«Con lo anterior no quiero decir que las conductas de quema de banderas o similares no sean sancionables, pues no pretendo prejuzgar sobre la constitucionalidad del artículo 117 del estatuto penal. Simplemente quiero llamar la atención sobre la complejidad de esos temas, como bien lo muestra, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre los agudos problemas constitucionales suscitados por la quema de banderas o de libretas militares en ese país. En cambio, creo que la presente sentencia desestima tales problemas, pues tiende a ignorar que la protección de la unidad nacional, que sirve de fundamento a la existencia de determinados símbolos patrios, es un principio constitucional que puede colisionar con otros principios de igual jerarquía, como el pluralismo o la libertad de expresión. Por ello, si bien la consagración legal de los símbolos patrios tiene sustento constitucional, por lo cual la Corte tuvo razón en declarar la exequibilidad de las normas impugnadas, ello no significa que tales símbolos deban ser sacralizados, ni que sea admisible cualquier forma de protección de tales símbolos, pues no podemos olvidar que Colombia es un Estado pluralista, que reconoce la dignidad y libertad de expresión de todas las personas».

De los asuntos que se han resumido en las páginas anteriores podemos comentar en síntesis lo siguiente:

En todos los casos se trató de una crítica política o social en el cual se debió utilizar a los símbolos nacionales, por lo cual no era intención de los sujetos el agredir el sentimiento nacional, sino realizar una crítica por medio de los símbolos nacionales.

Existe una diferencia entre las resoluciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos y el Tribunal Constitucional Federal de Alemania porque este último considera que el Estado sí puede proteger sus símbolos en tanto la corte norteamericana minimiza esa protección.

El hecho de que los dos tribunales hayan resuelto a favor de la libertad de expresión considerando que uno afirma que el Estado sí tiene la facultad de proteger sus símbolos en tanto que el otro afirma lo contrario, ha ocasionado que el jurista Ute Krudewagen lo califique como «un enigma».

La explicación que brinda el citado jurista sobre este punto es que el concepto de democracia que se tiene en los dos países es distinto. Mientras que en los Estados Unidos se basa en la soberanía popular, en Alemania se fundamenta en la noción de que el Estado necesita defender su fundación o creación. La razón principal de esta cuestión era salvaguardar al Estado para que no ocurran acontecimientos como el nazismo.

3.5.4. Italia. *Vilipendio alla bandiera* La Corte Constitucional de Italia³⁰⁹ ha estado integrada por juristas notables como Gustavo Zagrebelsky. En palabras de Tania Groppi:

«La Corte Constitucional italiana, que pronunció su primera decisión en 1956, pertenece a la generación de tribunales constitucionales creados en el ciclo constitucional que siguió a la Segunda Guerra Mundial. A diferencia de otros, de

³⁰⁹ Respecto al Poder Judicial en Italia Sabino Cassese comenta que durante los últimos veinticinco años, en Italia han existido dos tendencias contrapuestas: a) gran poder para los jueces (Zanotti, 1994), y b) un abandono de las instancias oficiales de administración de justicia en busca de cuerpos cuasi-judiciales, en “El sistema jurídico italiano (1945-1999)” *Culturas Jurídicas Latinas en Europa y América en Tiempos de Globalización*, México, UNAM, 2003, p.422.

más reciente creación, tiene actualmente a sus espaldas una experiencia suficientemente amplia que permite una reflexión de conjunto sobre toda su actividad.

*En estos cincuenta y cinco años, el campo en el cual la corte italiana se ha demostrado más creativa en el plano procesal, ha sido el de la tipología y los efectos de sus decisiones: en éstos se concreta tal vez la principal contribución que ha realizado al desarrollo de la justicia constitucional».*³¹⁰

Ahora bien, esta Corte ha tenido oportunidad de conocer varios asuntos relacionados con la bandera, aunque algunos no vinculados con su vilipendio. Por ejemplo en la *Sentenza 10 febbraio* de 1981 declaró inadmisibile la solicitud de referéndum popular para la abrogación de 31 artículos del código penal -*dichiara inammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione di 31 articoli del codice penale*- Dentro de esos artículos se encontraba el de *vilipendio della bandiera*, debido a la heterogeneidad de las normas penales se desestimó la petición - *Il quesito si rivela, dunque, carente della necessaria ed imprescindibile "omogeneità"*.

En la *sentenza 15-23 novembre* se impugnó la legitimidad del artículo 93 del código penal militar del código penal militar -*legittimità costituzionale dell'art. 83, primo comma, del codice penale militare di pace*- se argumentó que mientras los delitos de vilipendio a la bandera y el de vilipendio a la nación tienen la misma pena, en el código militar la pena es diferente, en tanto que en el código penal militar era distinta -*mentre nel codice comune i due reati sono puniti con la stessa pena, nel codice militare invece la pena è più grave per il vilipendio alla bandiera*.

Fue desestimado. Sin embargo, la Corte Constitucional esgrimió aspectos interesantes, como el que el bien protegido de la norma era la dignidad del símbolo del estado, como expresión de la dignidad del estado, así como en la unidad de las instituciones que la colectividad se ha dado *Il bene protetto dalla*

³¹⁰ En "[¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana](#)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXVI, Número 107 Mayo-Agosto 2003, p.482.

norma incriminatrice è, in questo caso, la dignità del simbolo dello Stato, come espressione della dignità dello Stato medesimo nell'unità delle istituzioni che la collettività nazionale si è data. Agregó que en el ámbito de la actividad militar es expuesto y utilizado con particular solemnidad y frecuencia, así como que es objeto de una atención especial y respeto -nell'ambito delle istituzioni e delle attività militari, è esposto e utilizzato con particolare solennità e frequenza, ed è oggetto di speciale attenzione e rispetto-

Más adelante aclaró el problema de los confines con el área de la libertad de expresión, *-delicati problemi di confine con l'area della libertà di espressione-* señaló que en su ordenamiento la jurisprudencia respecto al delito de vilipendio no comprende las expresiones de crítica, aunque severa *-non si estende alle espressioni di critica, anche aspra-* pudiéndose aplicar sólo a manifestaciones que niegan todo valor y todo respeto a la entidad objeto de protección en modo idóneo para inducir al destinatario de la manifestación al desprecio de la institución *-potendosi applicare solo a manifestazioni offensive che neghino ogni valore ed ogni rispetto ("tenere a vile") all'entità oggetto di protezione, in modo idoneo ad indurre i destinatari della manifestazione "al disprezzo delle istituzioni –* ³¹¹

3.6. Algunos casos interesantes en la historia y la literatura.

La injuria a un símbolo nacional puede originar reacciones de indignación –como en el caso de la Convención de Aguascalientes; puede ser el pretexto para una intervención militar –como la invasión de 1914-; puede servir para deslegitimar a un grupo- como en el 68 con el «agravio a la bandera», o bien, precipitar movimientos sociales –como las Jornadas de Octubre en Francia. A continuación los cuatro ejemplos.

³¹¹ *Così che non può certo ritenersi ricadere nell'ambito delle fattispecie incriminatrici di vilipendio qualsiasi espressione di personale dissenso, di avversione o di disdegno, priva di concreta idoneità offensiva, spettando al giudice di "impedire, con un prudente apprezzamento della lesività in concreto, una arbitraria e illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale" (sentenza n. 263 del 2000).*

Es poco probable que exista consenso en cuanto a cuáles de los ejemplos citados constituye un delio de ultrajes a la bandera. Además de la interpretación del hecho, se advierten problemas como el concepto mismo de injuria, los elementos subjetivos del tipo –animus injuriandi-, y, finalmente, la construcción del bien jurídico.³¹²

Caso I.

Este primer caso fue recordado por el Ministro José Ramón Cosío Díaz en la sesión que resolvió el asunto materia de esta tesis. Al respecto Jesús Silva Herzog narra lo siguiente:

«El autor de este libro asistió a todas las sesiones de la Convención de Aguascalientes como enviado especial del periódico Redención que se editaba en la ciudad de San Luis Potosí. En 1916 escribió un artículo acerca de aquel trascendental episodio revolucionario; mas por entonces no tuvo donde publicarlo y lo dejó olvidado en su pequeño archivo. Veinte años después lo dio a la luz pública en la revista Futuro que se publicaba bajo los auspicios de la Universidad Obrera de México; y por tratarse de impresiones directas y recientes, nos ha parecido aconsejable insertar aquí tal y como entonces fue redactada la mayor parte del escrito de marras:

[...]

La tarde del 10 de octubre de 1914 se efectuó la sesión inaugural de la Convención de Aguascalientes, en el Teatro Morelos de aquella población. Los más buenos deseos animaban a los delegados y un sincero optimismo flotaba en el ambiente. Se creía que las dificultades iban a ser definitivamente resueltas, que en aquellas reuniones se formaría el programa del nuevo Gobierno de acuerdo con las necesidades y aspiraciones del pueblo mexicano. El general Antonio I. Villarreal fue nombrado presidente de la Convención. Poco después sus miembros la declararon soberana y firmando sobre la bandera nacional, protestaron solemnemente, bajo su palabra de honor, cumplir y hacer cumplir los acuerdos y disposiciones que de ella emanaran.

³¹² Por ejemplo, ¿qué tanto debe afectarse para que no se considere una injuria bagatela?

Aguascalientes y sus cercanías se declararon neutrales para que los delegados discutieran con libertad; pero a medida que los días pasaban, las fuerzas de la División del Norte se aproximaban poco a poco a la población. Varios delegados protestaron y hubo algunos que hasta pidieron que la Convención se trasladara a otro lugar donde hubiera garantías. La ciudad estaba materialmente llena de jefes, oficiales y soldados villistas, los que en hoteles y cantinas se expresaban públicamente en términos poco favorables del general Obregón y de otros generales considerados como carrancistas. El 16 de octubre por la tarde Villa llegó a la ciudad inesperadamente, el 17 se presentó a la Asamblea, dio un cordial abrazo a Obregón, firmó también en la bandera y pronunció un mal hilvanado discurso que no pudo concluir porque estaba emocionado y los sollozos ahogaron sus palabras.

Al día siguiente se nombraron dos importantes comisiones. La primera para invitar a ir a Aguascalientes al C. Primer Jefe y la segunda para que hiciera lo mismo con el general Zapata. Aquélla estaba formada por los generales Obregón, Castro y Chao y ésta la presidía el general Felipe Ángeles. La noche en que Obregón salió rumbo a la capital, su automóvil fue tiroteado al pasar por una calle cercana a la Estación.

El resultado de aquéllas dos comisiones fue un factor muy importante en el desarrollo de los acontecimientos.

El señor Carranza dio por toda respuesta un pliego, con instrucciones de que fuera abierto en la Convención. Zapata envió un numeroso grupo de representantes encabezados por el licenciado Antonio Díaz Soto y Gama.

El día 24 llegaron los zapatistas a Aguascalientes. El 27 asistieron por primera vez a las sesiones. La de esa mañana fue la más tormentosa de cuantas se celebraron. Muy poco faltó para que se convirtiera en una tragedia. Soto y Gama subió a la tribuna y pronunció un vehemente discurso atacando a don Venustiano y criticando el hecho de que se hubiera firmado sobre la bandera nacional. Dijo, entre otras cosas, que aquella bandera era una piltrafa, un guiñapo inútil y ridículo. La tormenta estalló. Todos gritaban desordenadamente. Muchos delegados echaron mano a las pistolas y estuvieron a punto de disparar llenos de indignación sobre Díaz Soto y Gama, quien permaneció en la tribuna con los brazos cruzados, inmóvil y sereno. Entre la infernal gritería se escuchaban las voces de los generales Eduardo Hay y Mateo Almanza que recomendaban calma a sus compañeros. La calma se hizo al fin. Soto y Gama continuó su discurso.

Quince minutos más tarde los delegados lo aplaudían con entusiasmo desbordante». ³¹³

Caso II

El segundo caso forma parte de una anécdota en la historia nacional, cuando *provocamos* al gobierno de los Estados Unidos –como en la guerra del 47-. Don Jesús Silva Herzog lo describe así:

«Y el pretexto al fin se presentó. El 9 de abril de 1914 siete soldados y un oficial norteamericanos, pertenecientes a la infantería de marina del acorazado “Dolphin” que estaba frente al puerto de Tampico desembarcaron de una lancha que enarbolaba la bandera de los Estados Unidos en un sector bajo control militar. Tampico estaba sitiado por fuerzas revolucionarias y defendido por tropas federales al mando del general Ignacio Morelos Zaragoza. Los siete soldados y el oficial fueron obligados a salir de la lancha por el coronel Ramón H. Hinojosa, a quien seguían diez soldados perfectamente armados. Los yanquis fueron detenidos; pero al saberlo Morelos Zaragoza los puso en libertad y dio cumplida disculpa al almirante Mayo, jefe de la flota extranjera surta en aguas territoriales mexicanas. El almirante no estuvo conforme con la disculpa, considerando la breve detención de sus subordinados como gravísima ofensa a la dignidad del Gobierno y del pueblo de los Estados Unidos. Mayo exigió una disculpa oficial, seguridades (sic) de que Hinojosa sería castigado y que la bandera de los Estados Unidos fuera izada y saludada con veintiún cañonazos. El incidente que en realidad carecía de importancia pasó a las cancillerías. El Departamento de Estado ratificó las exigencias del marino. Huerta dijo que aceptaba siempre que inmediatamente después fuera también saludada con veintiún cañonazos la bandera mexicana. No hubo acuerdo...» ³¹⁴

³¹³ SILVA HERZOG, Jesús, Breve historia de la revolución mexicana. La etapa constitucionalista y la lucha de facciones, México, FCE, 1993, p.159.

³¹⁴ SILVA HERZOG, Jesús, *op.cit.*, p.87.

En relación con este acontecimiento no puedo pasar por alto las palabras de Ricardo Flores Magón en un discurso pronunciado el 4 de julio de 1914 señaló lo siguiente:

*«La burguesía de todos los países tiene interés, además, en que México esté poblado por esclavos para que no disminuyan los negocios. Quiere ver al mexicano eternamente encorvado, dejando en el trabajo su sangre, su salud, y su porvenir en provecho de sus amos. Estos son los motivos de la invasión norteamericana. ¡Mentira que el insulto a la bandera de los Estados Unidos haya precipitado la guerra con México! Si los ricos y los gobiernos no tuvieran interés en que los explotados de todo el mundo no sigan el ejemplo de los desheredados de México; si el derecho de propiedad privada y el principio de autoridad no bamboleasen en México al empuje de los dignos proletarios rebeldes, no declararían la guerra, así pudiera permanecer eternamente en la bandera estrellada la saliva de Huerta».*³¹⁵

Ricardo Flores Magón en un discurso pronunciado el 4 de julio de 1914 dijo

*Veis, pues, que el capitalismo de todos los países tiene interés en que los trabajadores de otras partes del mundo no tomen ejemplo de los trabajadores mexicanos, y ese es el motivo que los ha empujado a obligar al Gobierno de los Estados Unidos a intervenir en México. Poco importa a las capitalista el insulto a la bandera de las barras y las estrellas; ellos mismos se ríen de ese trapo; ellos mismos hacen escarnio de ese hilacho, adornando con él las colas de los caballos y de los perros.*³¹⁶

Caso III

El famoso caso del «agravio a la bandera». En la *Noche de Tlatelolco* de Elena Poniatowska, se cita lo siguiente:

³¹⁵ FLORES MAGÓN, Ricardo, *La revolución mexicana*, selección y nota preliminar Adolfo Sánchez Rebolledo, Grijalbo, 1970, México, p.128.

³¹⁶ *ibidem*, p.130.

«Como los muchachos encendieron las luces de Catedral y echaron a vuelo sus campanas cuando la manifestación entraba al Zócalo y se izó una bandera rojinegra en el asta central, la prensa utilizó estos “delitos” para lambisconear al gobierno y se quedó con un palmo de narices cuando fueron inmediatamente desmentidos por la mitra y el CENCOS que declararon que el derecho canónico no consideraba un sacrilegio echar a vuelo las campanas ni encender las luces de Catedral. Además, el sacerdote de guardia Jesús Pérez aclaró que los muchachos le habían pedido permiso para subir a tocarlas y que se lo había dado; en cuanto a la bandera, se dejó una banderita medio furrís de algodón, y al día siguiente amaneció una rojota de satín, nuevecita. ¡Qué casualidad! Con todo y todo se organizó el acto de desagravio. Si la obligada asistencia a las ceremonias oficiales –bajo pena de perder el empleo o por lo menos un día de sueldo- es tolerada con disgusto por los trabajadores al servicio del estado, esta nueva exigencia les cayó de la patada. Gilberto Guevara Niebla, del CNH».³¹⁷

Caso IV

Gabino Barreda en su Oración Cívica Pronunciada en la Ciudad de Guanajuato, el 16 de septiembre de 1867 estableció un significado para los colores de la bandera:

«32. Conciudadanos: que de aquí en adelante sea nuestra divisa: Libertad, Orden y Progreso; la libertad, como medio; el orden como base; y el progreso como fin; triple lema simbolizado en el triple colorido de nuestro hermoso pabellón nacional: de ese pabellón que en 1821 fue, en manos de Guerrero e Iturbide, el emblema santo de nuestra independencia; y que, empuñado por Zaragoza el 5 de mayo de 1862, aseguró el porvenir de América y del mundo, salvando las instituciones republicanas.»³¹⁸

Algunos podrían pensar que asignarle un significado positivista a los colores de la bandera, implica injuriarla.

Caso V

³¹⁷ PONIATOWSKA, Elena, *La Noche de Tlatelolco*, p.53.

³¹⁸ BARREDA, Gabino, *La educación positivista en México*, Porrúa, México, 1998, p.34.

Suetonio sobre Tiberio nos cuentan los excesos sobre las injuras:

*«LVIII. Por el mismo tiempo, habiéndole preguntado un pretor si quería que se persiguiesen los crímenes de lesa majestad, le contestó que era preciso cumplir las leyes; y, en efecto, las cumplió de manera atroz. Un ciudadano había quitado la cabeza a una estatua de Augusto, para colocar otra en su lugar. El asunto se trató en el Senado, y como no estaba probado el hecho, sometieron al acusado al tormento y lo condenaron. Insensiblemente se llegó en este género de acusación al punto de convertir en crimen capital haber azotado a un esclavo o cambiado de vestido delante de la estatua de Augusto, de haber estado en las letrinas o en lugares deshonestos con un retrato de Augusto grabado en una anillo o en una moneda, haberse atrevido a censurar una palabra o un acto de Augusto. En fin, un ciudadano, fue condenado a muerte por haber consentido que le tributasen honores en su provincia, en el mismo día en que se los rindieron en otro tiempo a Augusto».*³¹⁹

Caso VI

La socióloga Martha Luz Arredondo considera lo siguiente:

*«Cada día aparece más clara la intención del Gobierno por evitar que el nacionalismo se fomente y una de las formas como se ha logrado es subliminalmente, anulando la representación de los símbolos patrios, ya que no existe congruencia entre las ceremonias semanales que para exaltarlos se llevan a cabo en el nivel básico de educación, y las “políticas” de radio y televisión, que a partir de 1984 inician y terminan la programación con el Himno Nacional y la imagen de la bandera, que sólo sirven como aviso de que ya es el momento de apagar o de cambiar de canal».*³²⁰

Alguien podría considerar falta de respeto lo anterior.

³¹⁹ SUETONIO, *Vidas de los Doce Césares*, estudio preliminar y traducción revisada por José Luis Romero, México, Cumbre, 1978, p.163.

³²⁰ ARREDONDO RAMÍREZ, Martha Luz, *Mexicanidad versus identidad nacional*, Plaza y Valdés, México, 2005, p.130.

Casos VII

Juan Sánchez Andraka en su obra *Debe amanecer* escribe:

«Todo fue por culpa del desfile del 5 de mayo. Antes el director no se fijaba. Además, éramos muchos con melena.

*A Carlos, por su estatura, lo nombraron abanderado. Con uniforme blanco recorrimos las principales calles entre redobles de tambor y música de chile frito. Nunca nos imaginamos que los socios del club, en pleno, se presentarían después a protestar ante el director por la ofensa a la Enseña Patria, al ser puesta en manos de un melenudo».*³²¹

Caso VIII

En *La Prensa* de 30 de agosto de 1958 se lee un posible ultraje:

«Como el día anterior los petroleros y algunos de sus aliados como son los rieleros, estudiantes y maestros, así como parientes de los mismos se mantuvieron en huelga sobre la banqueta de la avenida Juárez, entre Iturbide y Bucareli. Esperaban noticias de las juntas que acababan de iniciar en el despacho del secretario de Gobernación sus líderes...»

A las 13 horas un oficial de la policía se acercó y les pidió que se fueran y que preferentemente se alejaran “pues no había caso de que estuvieran allí, ya que el problema se estaba resolviendo...” No hicieron caso los petroleros y nuevamente el oficial insistió indicándoles que “no era una súplica, sino una orden”.

Algunos dijeron que no estaban cometiendo desórdenes, y que estaban en la vía pública haciendo uso de sus derechos de ciudadanos y de sindicalizados. Pero también hubo gritos para la policía, en los que les llamó asesinos y salvajes. Otro oficial dio entonces un plazo de diez minutos, o los sacaban a como diera lugar.

Eso era exactamente a las 13.04 minutos.

Una mujer arrebató el casco a un granadero, y le echó al centro de “la bola”. Hubo movimientos de la gendarmería y soldados, y cuando vencía el plazo de

³²¹ SÁNCHEZ ANDRAKA, Juan, *Debe amanecer*, 15ª ed., 2003, Costa-Amic Editores, p.6.

diez minutos, es decir, a las 13.10, como a sugestión de alguien, los petroleros y los demás comenzaron a entonar el Himno Nacional.

El mismo oficial que los había conminado a retirarse, gritó que el canto de la patria era sagrado, y que en boca de ellos era una blasfemia, pues querían obligar a los soldados y policías a presentar armas, “pero que eso no se iba a poder”, y dio orden de iniciar el desalojo».³²²

Caso IX

En la sesión del 21 de octubre de 1790 de la Asamblea Nacional, Mirabeau pronunció un discurso contra la propuesta de que la escuadra colonial conservara el pabellón blanco.³²³ El revolucionario dijo:

«Todo el mundo sabe que hace unos meses, hace unas semanas, el temerario que osara mostrar cualquier desdén hacia esta insignia patriótica pagaba su crimen con su cabeza

...

¡Como si el lenguaje de los signos no fuera en todas partes el móvil más poderoso para los hombres, el impulso más importante de patriotas y conspiradores para el éxito de su federación o de sus complots!

...

Señor Presidente, exijo un juicio y expongo el motivo. (Nuevos murmullos) Pretendo que es, no digo irrespetuoso, no digo inconstitucional, digo profundamente criminal, poner en duda si un dolor destinado a nuestras flotas puede ser diferente de aquel que la Asamblea Nacional consagró, que la nación y el rey han adoptado, si puede ser un color sospechoso y proscrito».³²⁴

Caso X

Miguel Alemán Valdés en sus *Remembranzas y testimonios* nos narra lo siguiente:

³²² Prólogo y selección de Orlando Ortiz, *La violencia en México*, México, Diógenes, 1971, p.345.

³²³ *Mirabeau. Discursos en la Asamblea Nacional*, Introducción David Torres Mejía, tr. Ariella Aureli y María Gloria Torres M., México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1989, p.121.

³²⁴ *Mirabeau. Discursos en la Asamblea Nacional*, Introducción David Torres Mejía, tr. Ariella Aureli y María Gloria Torres M., México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1989, p.121-123.

«Precisamente el 5 de mayo, fecha de la inolvidable batalla de Puebla en la que nuestros soldados, comandados por el general Zaragoza, infligieron una contundente derrota al entonces más poderoso ejército del orbe, acudí a la prestigiada Academia Militar de West Point donde el general Taylor, director de la misma, solicitó transmitiera por mi conducto un saludo a los cadetes del Colegio Militar, como testimonio fraternal de sus camaradas de armas.

En respuestas a ese gesto de solidaria simpatía, hice entrega a los cadetes de una bandera nacional, acto simbólico cuya significación expliqué en los siguientes términos:

*Muchas banderas suelen ganar los pueblos en combate; pero, acaso, las más significativas son las que se ofrecen unos a otros –como emblema de amistad– durante la paz. Así ésta, que os envían, para que la guardéis y la honréis, los cadetes del Colegio Militar de México. En sus colores vive la tradición de mi patria. No os podría hacer más valiosa ofrenda, ni elegir un más alto símbolo como prueba de nuestra estimación».*³²⁵

Caso XI

Por otro lado, en la novela *Un hilito de sangre* de Eusebio Ruvalcaba se narra:

«Toda la gente se nos quedaba viendo. Y la verdad me empezó a dar pena, como cuando formas parte de la escolta y sientes clavadas en ti todas las miradas de la escuela. Alguna vez, no sé ni por qué ni como llegué aquí, pero yo pertencí a la escolta del Alfonso Herrera. Los maestros decían que para cualquier niño era lo máximo, pues quería decir que eras aplicado y muy obediente. Digo que a mí me tocó una sola vez, en quinto, y nomás de acordarme me da coraje. Como no podíamos doblar la bandera entre mi compañero y yo, como las líneas nos quedaban chuecas, le dije: Haz de cuenta que es una cobija, agárrala así y así, ¿a poco nunca has doblado una cobija? Y para que se riera, le dije: ¡Qué tire la primera piedra el que no haya doblado una cobija!, jar, jar, jar. Uy, no le lo hubiera dicho. Hasta mandaron llamar a mis

³²⁵ ALEMÁN VALDÉS, Miguel, *Remembranzas y testimonios*, Editorial Grijalbo, México, 1987, p.272.

*papás porque yo había comparado a la bandera con una cobija. ¡Que mala onda!».*³²⁶

Caso XII

De igual modo, Carlos Monsiváis describe:

«Pero seamos justos, aquí no se consiente la añoranza, nada más las profecías sobre el México novedoso que se inicia en la euforia y en el trato familiar con los símbolos. Así, la bandera nacional deja de ser el objeto lejano, aislado en mástiles de reverencia, y para millones de personas se torna algo íntimo, el rebozo o la cobija, el paño compartible, la manta bajo la cual transitan los grupos. En torno al Lábaro Patrio, se multiplican las escenas de apropiación hogareña:

Un joven en patines lleva una bandera en cada tenis.

Decenas de jóvenes de torso desnudo adoptan la bandera como la camisa óptima o como el equivalente de la banda presidencial.

Centenares de señoras clavan una banderita en su chongo.

Una tribu lanza al aire y recoge a uno de los suyos, y la manta elegida es una enorme bandera.

*La alegría inspira confianza y la confianza otorga proximidad».*³²⁷

Caso XIII

Anatole France en su novela *Los dioses tienen sed* describe:

«Díjole Brotteaux que si libro sólo explicaba el sueño de la vida. Pareciéndole dificultosa la respuesta, renunció a interpretar su sentido la hermosa criatura, y metió la cabeza en la vasija de barro que sustituía en el ajuar de Brotteaux a las jofainas y jarros de plata que usó en otros tiempos. Después, ante un espejito que allí había, puso en orden sus cabellos, con todo el primor posible. Levantaba

³²⁶ RUVALCABA Eusebio, *Un hilito de sangre*, Planeta, México, 2007, p.29.

³²⁷ MONSIVAIS, Carlos, *Entrada libre. Crónicas de una sociedad que se organiza*, México, Ediciones Era, 1995, p.219.

y doblaba sobre su cabeza sus blanquísimos brazos, y de vez en cuando traslucía su pensamiento en alguna frase:

-Vos erais rico antes de la Revolución.

-¿Por qué lo supones?

-Me lo figuro; no sé por qué. Vos erais rico y aristócrata. Estoy segura.

Sacó de su bolsillo una virgencita de plata, un terrón de azúcar, una hebra de hilo, tijeras, un eslabón, varias cajitas, y empezó a recoser y zurcir su vestido, roto por varias partes.

-Para vuestra seguridad, hija mía, cosed esto en la cofia –dijo Brotteaux, dándole una escarapela tricolor.

-Sí; lo haré con mucho gusto, caballero –respondió ella-; pero no por amor a la Patria, sino por obedeceros». ³²⁸

Caso XIV

Don Jesús Silva Herzog comenta:

«La Comisión agraria encargada de la repartición de tierras en los Estados de Nuevo León y Tamaulipas, tiene el honor de invitar a usted a la ceremonia que tendrá verificativo el día 30, a las 4 p.m., en la hacienda Los Borregos, con motivo de la inauguración de sus trabajos, conforme al adjunto programa. Matamoros, agosto 29 de 1913. La Comisión.

PROGRAMA:

I. La Marsellesa.

II. Discurso oficial por el Ramón Puente.

III. Marcha “Viva Madero”

IV. Lectura del Manifiesto que sobre cuestiones agrarias lanza a sus soldados el general Lucio Blanco, jefe de las Fuerzas Constitucionales en los Estados de Nuevo León y Tamaulipas.

V. Entrega de Títulos de Propiedad de Tierras a representantes del proletariado y a individuos a quienes les fueron arrebatados sus terrenos.

VI. Marcha “Constitucionalista”

³²⁸ FRANCE, Anatole, *Los dioses tienen sed. La rebelión de los ángeles*. Porrúa, México, 1996, p.76.

VII. *Discurso por el Jefe del estado Mayor, C. Francisco J. Múgica.*

VIII. *Demarcación de los linderos de algunas de las tierras que se repartirán durante este acto.*

IX. *Himno Nacional*».³²⁹

Alguien podría considerar una injuria poner la Marsellesa antes del Himno.

Caso XV

Mauricio González de la Garza en su obra *Última llamada*, narra la actitud de una vieja coronela carrancista:

*«En el desfile del primero de mayo, pa'celebrar mártires gringos, como si no hubieran muerto en México suficientes mexicanos pa' no tener que traer hasta eso, hasta mártires, que voy viendo que llevaban el trapo ruso en el centro y la bandera nuestra a la izquierda. Los puse pintos. No quiero repetir lo que les grité, porque luego me dicen mal hablada y vieja lépera, pero de madre p'arriba no los bajé».*³³⁰

Caso XVI

En la novela *Las intermitencias de la muerte* José Saramago, la bandera fue utilizada para avisar que había un muerto en casa:

«También recordaremos cómo el abanderamiento, en menos de cuarenta y ocho horas, como un reguero de pólvora, como una nueva epidemia, se extendió por todo el país. Pasados estos siete meses de continuas y mal sufridas desilusiones, pocas banderas habían sobrevivido, e incluso, ésas, reducidas a melancólicos harapos, con los colores comidos por el sol y deslucidos por la lluvia, además de lamentablemente descompuesta la

³²⁹ SILVA HERZOG, Jesús, *Breve historia de la revolución mexicana. La etapa constitucionalista y la lucha de facciones*, México, FCE, 1993, p.57.

³³⁰ GONZALEZ DE LA GARZA, Mauricio, *Ultima llamada*, México, Edamex, 1981, p.64.

arquitectura del emblema. Dando prueba de un admirable espíritu previsor, el gobierno, entre otras medidas de urgencia destinadas a suavizar los daños colaterales del inopinado regreso de la muerte, recuperó la bandera de la patria como indicativo de que allí, en aquel piso tercero izquierda, había un muerto a la espera».³³¹

Caso XVII

Emilio Rabasa en *La bola* relata el arrebato de una bandera:

«Fue el caso, que habiendo tomado la bandera don Mateo para presidir el paseo cívico de costumbre, Coderas se interpuso en su camino, se la quitó de las manos, y con voz desde luego irritada, dijo:

-Esto me toca a mí.

El héroe de San Martín se quedó de pronto estupefacto, más que de corrido, de admirado al encontrar hombre capaz de cometerle desacato tan inverosímil. Pero en seguida la sangre acudió agolpada a su cabeza, manchósele el semblante de un color rojo amoratado, que le dio un aspecto de ferocidad espantosa, y cerrando los puños, gritó:

-¡A usted!... ¡Cómo a usted!

Coderas estaba ya en la plaza.

-Sí, señor –replicó-, yo soy la primera autoridad política del distrito.

-¡Y yo!...

-¡Usted aquí no es nada!».³³²

Caso XVIII

En la obra *Mariana Pineda* de Federico García Lorca aconteció esto:

«CLAVELA (Con las manos cruzadas)

³³¹ Saramago, José, *Las intermitencias de la muerte*, tr. Pilar del Rio, Punto de lectura, México, 2007, p.131

³³² RABASA, Emilio, *La bola. La gran ciencia*, México, Porrúa, 1981, p.20.

*¡Ay, doña Mariana, qué malita está!
Desde que usted puso sus preciosas manos
En esa bandera de los liberales,
Aquellos colores de flor de granado
Desaparecieron de su cara.*

MARIANA (Reponiéndose)

*Abre,
Y respeta y ama lo que estoy bordando».*³³³

Caso XIX

José Vasconcelos en su viaje a Brasil refiere lo siguiente:

*«La marcha española tiene una pompa que suena a hueco porque recuerda la monarquía que ha puesto a la raza en bancarrota. El himno mexicano nos emociona a nosotros; pero no puede resistir el análisis si uno recuerda esa letra de cruel arrogancia que habla de cañones que retumban y sepulcros que se abren. El himno de Brasil, en cambio, es algo distinto de los demás himnos patrios. En un sentido es bélico; cuando se le escucha, se ven desfilar esos brillantes ejércitos de ciudadanos que defienden la libertad y el honor, pero no se manchan con la venganza y la injusticia; es bélico, pero no es provocativo ni posee acentos lúgubres».*³³⁴

Más adelante comenta:

«Los presos habían preparado una fiesta en honor de las visitas. En uno de los grandes patios interiores los encontramos alineados dentro de sus uniformes opacos, siquiera no los uniformes infamantes, listados, que se acostumbran en los presidios yanquis. Hicieron ejercicios gimnásticos, acompañados de música, y terminaron formando una especie de pirámide rematada con las banderas unidas

³³³ GARCÍA LORCA, Federico, *Mariana Pineda. La zapatera prodigiosa. Así que pasen cinco años. Doña Rosita la soltera. La casa de Bernarda Alba. Primeras canciones. Canciones*, Porrúa, México, 1986, p.22.

³³⁴ VASCONCELOS, José, *La raza cósmica*, Porrúa, México, 2007, p. 55.

de México y Brasil. La penosa farsa me hacía sufrir. ¿Qué podrían importarles a aquellos hombres dos banderas que para ellos representan el castigo implacable? Por un momento odié con ellos las dos banderas».³³⁵

Caso XX

Raúl Cardiel Reyes nos comenta:

*«Cuando el alcalde Urbina hubo de apresar a los novicios de la Compañía de Jesús y a sus miembros la noche del 24 de junio y luego dar a conocer su expulsión en bando solemne el día siguiente, el pueblo se levantó contra la autoridad, rompió los tirantes de las carrozas que los conducían a Veracruz y liberó a los jesuitas; hicieron girones la bandera real; dieron libertad a los presos. Uno de los amotinados vistió una capa de fino paño, tomó el bastón de puño de plata en señal de asumir el mando y la autoridad: todo vaticinaba un movimiento de independencia».*³³⁶

Caso XXI

Alejandro Witker rememora:

«Pasamos la noche en celdas del lado opuesto del estadio a las ocupadas por el resto de los prisioneros. La noche fue tensa. Casi todos escribimos a nuestras mujeres y no pocas cartas fueron como la despedida final. A la mañana siguiente, salimos hacia el interior del estadio, alrededor de las ocho de la mañana. Ya estaba el resto de los prisioneros en las galerías, como era habitual. Caminamos lentamente, portando nuestros bultos. En las galerías había un silencio sobrecogedor. Al pasar junto a las rejas, a un par de metros de nuestros compañeros, sentimos como nunca la fuerza de la fraternidad humana: manos alzadas y pañuelos al viento... Voces de “¡Animo compañeros...firmeza compañeros!”; nos despedían emocionados. Pese a todos los riesgos, ellos

³³⁵ VASCONCELOS, José, *La raza cósmica*, Porrúa, México, 2007, p. 56.

³³⁶ RAUL CARDIEL REYES, *Del modernismo al liberalismo. La filosofía de Manuel María Gorriño*, México, UNAM, 1989, p.14.

habían desafiado, minutos antes, a las autoridades militares, y se habían negado a realizar la ceremonia diaria de izamiento del pabellón cantando el himno nacional.»³³⁷

Caso XXII

Gastón García Cantú comenta:

«Mientras Lane Wilson alababa la pureza de los ideales democráticos de Washington, varias agrupaciones obreras y sociedades mutualistas se reunían en el Paseo de la Reforma para llevar ofrendas a las urnas que guardaban las cenizas de los héroes de la Independencia, depositadas, entonces, en la Catedral. Al divulgarse la intención de los trabajadores y los grupos cívicos, el inspector general de policía dio órdenes al coronel Ramón Castro, jefe de la gendarmería montada, para que impidiera el desfile. Castro conminó a los manifestantes a retirarse, pero ellos, en respuesta, cantaron el Himno Nacional. Las mujeres y los niños llevaban ofrendas; los hombres, banderas y estandartes. Empezaron a caminar. Sonó el clarín y los gendarmes, sable en mano, cargaron contra las mujeres, los hombres y los niños. La gendarmería destrozó las banderas nacionales y las ofrendas. Los grupos, indefensos, no cedieron. Unidos a los dispersos en la rotonda de Carlos IV, reanudaron su marcha hacia la Alameda. La gendarmería les dio alcance y se ensañó en los que corrían sin más armas que sus pendones desgarrados.»³³⁸

Caso XXIII

Carmen Lira Saade relata:

*«El Desengaño: hablan los campesinos
Aquella madrugada santa, encabezados por el terrateniente Leonardo Rueda Reyes –que presenció el desalojo- pistoleros y policías robaron cuanto*

³³⁷ WITKER, Alejandro, *Prisión en Chile*, México, FCE, 1975, p.100.

³³⁸ GARCÍA CANTÚ, Gastón, *El pensamiento de la reacción mexicana. Historia documental Tomo segundo (1860-1926)*, México, UNAM, 1987, p.174.

encontraron a su paso. Además de las modestas pertenencias de los campesinos, se llevaron 50 650 pesos que había colectado la comunidad, así como las mercancías de su tienda colectiva.

Luego, los dos tractores –propiedad de Luis Corro Muñoz, ejidatario de Zacate Colorado, y otro del terrateniente Roberto Moreno Sada- se fueron sobre el caserío, destruyendo 34 viviendas, la escuela con su pizarrón, mesabancos y demás utensilios escolares, así como sobre la tienda. “Ni la bandera nacional que teníamos en la escuela respetaron”, comenta uno de los ejidatarios».³³⁹

Caso XXIV

Sergio Gaspar Mosqueda nos relata lo siguiente:

«Era marzo de 1969 y Hendrix aprovechó su estancia en los estudios para grabar su versión del himno nacional estadounidense: “The Star Spangled Banner”, que sería una de las canciones que harían posible su triunfo en el legendario Festival de Woodstock del año siguiente.³⁴⁰

Enseguida vino el himno norteamericano a la manera de Hendrix. En esta pieza, en la parte donde dice “rockets bursting in air” Hendrix produce con las cuerdas el sonido de esos cohetes que estallan en el aire. Y en la parte donde se menciona “en la tierra de la libertad”, Hendrix protesta con la guitarra como para recordar al público que durante mucho tiempo esa declaración no fue verdadera para la gente negra».³⁴¹

Caso XXV

Miguel Alemán Valdés narra un encuentro con el presidente Truman

«Precisamente el 5 de mayo, fecha de la inolvidable batalla de Puebla en la que nuestros soldados, comandados por el general Zaragoza, infligieron una contundente derrota al entonces más poderoso ejército del orbe, acudí a la

³³⁹ Citado en MONSIVAIS, Carlos, *A ustedes les consta. Antología de la crónica en México*, México, Era, 2003, p.295.

³⁴⁰ GASPARD MOSQUEDA, Sergio, *Jimi Hendrix*, México, EMU, 2006, p.62.

³⁴¹ *ibídem*, p.66.

prestigiada Academia Militar de West Point donde el general Taylor, director de la misma, solicitó transmitiera por mi conducto un saludo a los cadetes del Colegio Militar, como testimonio fraternal de sus camaradas de armas.

En respuesta a ese gesto de solidaria simpatía, hice entrega a los cadetes de una bandera nacional, acto simbólico cuya significación expliqué en los siguientes términos:

*Muchas banderas suelen ganar los pueblos en combate; pero, acaso, las más significativas son las que se ofrecen unos a otros –como emblema de amistades durante la paz. Así ésta, que os envían, para que la guardéis y la honréis, los cadetes del Colegio Militar de México. En sus colores vive la tradición de mi patria. No os podría hacer más valiosa ofrenda, ni elegir un más alto símbolo como prueba de nuestra estimación».*³⁴²

Caso XXVI

Manuel Gamio comenta:

«Sin embargo, nuestro escudo carece de carácter nacional: hasta la llegada de la Conquista, el Águila y la Serpiente aparecieron en alhajas, códices, penachos, estandartes y relieves murales con la suntuosa originalidad –hoy mal comprendida- que caracteriza al arte prehispánico. De entonces a la fecha, el escudo se ha transformado, artísticamente, en algo que se antoja fragmento de decoración teatral: las águilas de las banderas que nos envían fábricas de ultramar no son siquiera decadentes águilas napoleónicas o romanas, sino símiles degenerados de cromos y pinturas detestables. Las cinceladas o fundidas en fornituras metálicas que ha usado el ejército, llevan generalmente aparejado algún “made in Germany” que hace repulsivo intentar su filiación artística. Durante el imperio de Carlos V y más tarde bajo Maximiliano, se introdujeron en México, águilas que tendían al tipo de estilización austriaco, siendo notable que esa extensión de arte exótico llegó hasta los últimos salvajes roncones de Tepic y Jalisco, pues todavía los indios huicholes que allí viven, decoran sus telas de lana y algodón con el águila de dos cabezas, influida técnicamente por el gusto aborigen. Los insurgentes eran hombres gloriosos y venerados, pero su época no

³⁴² ALEMÁN VALDÉS, Miguel, *Remembranzas y testimonios*, Editorial Grijalbo, México, 1987, p.272.

fue de florecimiento estético y menos en este capítulo, pues al contemplar casi todos los escudos de entonces, no sabría decirse si el pajarraco que está batiendo las alas en contracción espasmódica es águila, harpía (sic) o gallo de combate. En la época Colonial no existió el actual escudo y en las contadas ocasiones que aparece el águila, como caso de persistencia artística o reaparición esporádica, rivaliza con las anteriores por su pseudo-conventionalismo, pues menor semeja mochuelo de Castilla, que águila imperial. Y no se crea que hoy en día nuestro “esteticismo patriótico” se haya depurado; examínense las águilas impresas en los documentos oficiales, las grabadas en billetes de Banco, las troqueladas en la moneda y se verá que no son bellas obras realistas, ni convencionalistas, ni elitistas... ni siquiera cubistas. No son obras de arte, sino diseños industriales, dibujos mecánicos, águilas inertes sin expresión ni vida, copias de segunda mano, originadas en algún ejemplar disecado, que la polilla hizo deforme.

En resumen: nuestro escudo lució profusamente su originalísima belleza desde los tiempos fabulosos hasta la llegada de la Conquista, que abolió su uso por trescientos años, al cabo de los cuales reapareció, pero ya no ricamente estilizado y nacionalista como lo fuera antaño, sino exótico y vulgar, según lo hemos descrito en líneas anteriores».³⁴³

Caso XXVII

En una reflexión respecto al futbol Enrique Krauze comenta:

«Ese futbol centralizado, corporativo y oficioso era también, como la economía toda, un futbol inflado. Los dólares baratos trajeron unos cuantos jugadores excelentes pero la tendencia dominante fue la importación suntuaria e improductiva. Azuzado domingo a domingo por una propaganda irresponsable, imaginándose del Primer Mundo, el jugador mexicano se infló también. Como la economía, el futbol se desinfló definitivamente en 1982. Problema de caja, afirmaron los merolicos. El público no les creyó. Tiempo después, tras una

³⁴³ Forjando Patria, México, Porrúa, 1982.

*derrota de la selección juvenil, algunos aficionados incurrieron en una profanación inusitada: quemaron la bandera nacional».*³⁴⁴

Caso XXVIII

Carlos Barbachano narra una escena de Luis Buñuel:

*«Pocos meses más tarde, cuando navegaba ya de regreso hacia Europa en el buque La Fállete, otra manifestación gratuita de patriotismo despertó las «firmes convicciones surrealistas» de Luis. Con motivo de la onomástica del capitán, se entonaron los himnos nacionales estadounidense («todo el mundo se puso en pie menos yo») y francés («yo, ostensiblemente, puse los pies encima de la mesa»). Un joven se acercó a Buñuel y, en inglés, le reprochó su conducta «abominable»; Luis le contestó que nada le parecía más abominable que los himnos nacionales».*³⁴⁵

Caso XXIX

Ricardo Flores Magón en su *De regeneración* 12 de noviembre de 1910 cuenta: que un mexicano, Antonio Rodríguez –acusado de homicidio en la persona de una mujer norteamericana, y cuyo crimen no se llegó a probar ante los tribunales-, fue amarrado a un poste por una horda de norteamericanos y se le prendió fuego en vida. Este espantoso crimen tuvo lugar en Rock Springs, Texas, el día 3 de este mes.

Los estudiantes de la ciudad de México acordaron organizar una manifestación de protesta contra ese linchamiento, la que se llevó a efecto la noche del martes de 8 de este mes. Una gran multitud se reunió; se pronunciaron discursos vigorosos protestando contra el ultraje. Un grupo numeroso de manifestantes se dirigió a las oficinas del periódico norteamericano «The Mexican Herald», que, como se sabe,

³⁴⁴ KRAUZE, Enrique, *Tiempo contado*, Océano, México, 1996, p.234.

³⁴⁵ BARBACHANO, Carlos, *Buñuel*, Salvat Editores, Barcelona, 1986, p.96.

está sostenido por Díaz y es uno de los principales adaladores con que cuenta el despotismo. La multitud hizo pedazos, a pedradas, las vidrieras del edificio.

Al día siguiente, miércoles, los estudiantes, seguidos de una inmensa multitud, recorrieron las calles principales de la ciudad lanzando gritos de protesta contra los asesinatos de que son víctimas los mexicanos en Texas. Varias casas de comercio resultaron con los cristales rotos a pedradas. Una bandera norteamericana fue tomada por la multitud y hecha pedazos, en medio de gritos de indignación por los atropellos cometidos contra mexicanos en este país.³⁴⁶

Caso XXX

David Pantoja Morán comenta el caso:

*«En tanto, la agitación crecía en París por la actitud equívoca del rey, a lo que se sumó el temor a la bancarrota y la escasez de víveres. El ultraje a la escarapela tricolor, hecha por los oficiales de los garde du corps, fue el incidente que precipitó las llamadas «Jornadas de Octubre» que hicieron a Luis XVI y a la familia real cambiar su residencia a París, seguidos de la Asamblea. Las Jornadas convirtieron al pueblo de París en el dueño de la situación y constriñeron al rey a jurarle fidelidad a los textos constitucionales».*³⁴⁷

Caso XXXI

³⁴⁶ FLORES MAGÓN, Ricardo, *La revolución mexicana*, selección y nota preliminar Adolfo Sánchez Rebolledo, Grijalbo, 1970, México, p.125.

³⁴⁷ SIEYÉS, Emmanuel J. *¿Qué es el Tercer Estado? Seguido sobre los privilegios*, México, introducción: David Pantoja Morán, UNAM, 1989, p.22.



Carlos Monsiváis nos habla de la caricatura:

«En todo el mundo occidental, sea éste lo que sea, la caricatura es acicate o refrendo que a diario le concede a sus frequentadores las ideas visuales que educan o ratifican, irritan desmedidamente o le dan forma punzante a impresiones críticas. En los países latinoamericanos (donde es mayoría absoluta el analfabetismo), la caricatura desempeña cometidos básicos:

- Cristaliza, con sus mecanismos casi siempre al margen de partidos y organizaciones, oposiciones y descontentos.
- Divulga los logros de la perfección académica, pone un canon estético al alcance de las masas.
- Mitifica o desmitifica sin cesar a los dueños visibles del poder, que no son dioses al ser sujetos de burla, pero que, al verse en su imagen omnipresente la corporización de la historia, son objeto de representación “divinizada”».³⁴⁸

Caso XXXII



³⁴⁸ FLORESCANO, Enrique, coordinador, *Espejo Mexicano*, FCE, 2002, p.207

Caso XXXIII

LA SACRA BANDERA

Por Caldeón
05/08/10

¡MÁS ESCÁNDALO PARA NUESTROS TALIBANES!



¡EL AUTOR DE LA BANDERA FUE UN EXTRANERO!

¡UN ITALIANO!

¡POR ESO NOS LA COPIARON LUEGO!



EN PURGATORIO,
CANTO XXIX
-Divina Comedia-
DANTE DESCRIBE TRES
BELLAS MUJERES QUE
CANTAN Y BAILAN
DE JÚBILLO:



UNA VESTIDA DE
BLANCO COMO LA
FÉ, OTRA DE VERDE
COMO LA ESPERANZA,
Y OTRA MÁS VESTIDA
DE ROJO COMO
LA CARIDAD.



DESDE ENTONCES
LA ICONOGRAFÍA
CATÓLICA
REPRESENTA LAS
TRES VIRTUDES
TEOLÓGICAS CON
ESOS COLORES.

CUANDO EL SASTRE DE
IGUALA TUVO QUE
SIMBOLIZAR LAS TRES
GARANTÍAS EN LA
BANDERA, NOMÁS LOS
TOMÓ PRESTADOS,
¡Y LISTO! :



"FÉ (blanco) EN LA RELIGIÓN,
ESPERANZA (verde) EN LA INDEPENDENCIA,
Y CARIDAD (rojo) EN LA UNIÓN."

CUANDO ITURBIDE SE
VOLVIÓ "INOMBRABLE", EL
SIGNIFICADO DE LOS
COLORES CAMBIÓ:



"EL VERDE DE NUESTROS
BOSQUES, LA BLANCA NIEVE DE
LOS VOLCANES, LA SANGRE ROJA
DEL PROLETARIADO UNIDO", ETC...

HOY QUE YA NOS ACABAMOS LOS BOSQUES, LA
SANGRE NOS DESIENE, Y NO HAY MÁS NIEVE QUE
LA DE LMON, EL SIMBOLISMO DE LOS COLORES
PATRIOS ES AL GUSTO DE CADA QUIÉN.



SI ES CUESTIÓN DE GUSTOS,
LA NOGADA, EL CHILE Y
LA GRANADA SERÍA LO
LÓGICO...



... PERO
APARTE DE
QUE
ENGORDAN,
¡TAMBIÉN LOS
LEGÓ
ITURBIDE!

CASO XXXIV

En su autobiografía *Sin querer queriendo*, Roberto Gómez Bolaños Pero hubo un momento en que me quedé dormido en una banca de patio, hasta que fui despertado mediante el sutil método de propinarme un marrazo (con la parte del marro, afortunadamente) en la sueña de los zapatos.

-¡Cómo carajo te pones a dormir! –exclamó al instante mi castrense despertador- ¿Qué no ves que estamos haciendo honores a la bandera?

Efectivamente: era la hora en que el lábaro patrio descendía al compás de un redoble de tambor. Lo malo fue que yo había sido despertado tan brusca y violentamente, que lo único que se me ocurrió decir en ese momento fu:

-¡Y a mí qué me importa, carajo!

-¡Quééééééééééé

Y al instante caí en cuenta de lo estúpido e inoportuno de mi exclamación; pero creo que en ese momento me llegó el primer indicio de que algún día llegaría a ser actor, pues puse la mejor cara de inocencia para decir:

-Perdón; no sabía que estaba prohibido dormir aquí.

-¡Pero insultastes (sic) a la patria!

-¿Yooooo? –pregunté con total hipocresía.

-¡Sí!;Te referistes (resic) a la bandera usando malasa palabras, hijo de tu chingada madre! (recontrasic)

-¿Yo cuándo? –insistió el personaje que ya estaba actuando yo.

-¡Cómo; cuándo! ¡Cuando dijistes (ídem) “carajo”

-¡Aaaaaah! –exclamé entonces con una sonrisa que me salió de lo más natural. Y añadí con la misma sonrisa:-No, mi distinguido. Lo que yo dije fue que estaba soñando con un “escarabajo”. Fíjese: resulta que estaba yo en uno como pantano, ¿no? Cuando de repente que veo algo así como... ¿cómo qué le diré?

-Mejor no digas nada. Y date de santos que no te mande fusilar.

Y tal vez sí merecía yo algo semejante. Porque la verdad que no sólo amo entrañablemente mi país, sino que además me encanta nuestra bandera y siento algo muy bonito cuando la veo.³⁴⁹

³⁴⁹ GOMEZ BOLAÑOS, Roberto, Sin querer queriendo. Memorias, Punto de Lectura, p.61

CAPITULO IV

ASUNTO SERGIO HERNÁN WITZ ANTE LA SUPREMA CORTE.

4.1. Descripción del caso. El asunto tuvo una vida sinuosa dentro del Alto Tribunal. Las observaciones de la Secretaría de Acuerdos describen lo siguiente: el 27 de enero de 2004 turno de Sala, pasó de Pleno a Sala, Acuerdo Plenario 7/2003; el 18 de marzo de 2005 (reingreso) pasó de Pleno a Sala; el 13 de abril de 2005 retirado para remitirse al Pleno a petición del Ministro José Ramón Cossío Díaz; el 26 de agosto de 2005 pasó del Pleno a Sala; el 5 de octubre de 2005 fue resuelto por mayoría de 3 votos en contra de los Ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza.

A propósito, al no haber sido aprobada al menos por cuatro ministros, la *ratio decidendi* de esta resolución no es apta para integrar jurisprudencia y no se aprobó ninguna tesis aunque no fuese apta para integrar jurisprudencia como en ocasiones se hace con la respectiva aclaración.³⁵⁰ De todos modos, este criterio orienta a los jueces del país como un *exemplum ad imitandum*. En la sesión se había acordado que el Ministro José Ramón Cossío Díaz se haría cargo del engrose,³⁵¹ pero, finalmente, lo realizó el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. De igual modo, se habían avisado sendos votos particulares, pero al final se hizo uno de minoría.³⁵²

³⁵⁰ El párrafo segundo del artículo 192 de la Ley de Amparo establece que las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se trata de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas.

³⁵¹ En la versión estenográfica de 5 de octubre de 2005 de la sesión en la que se resolvió el amparo, se dice: “Señora Ministra Presidenta.- Si se da cuenta en el sentido contrario al proyecto; es decir, que se confirma la sentencia recurrida y la Justicia de la Unión no ampara ni protege al señor Sergio Hernán Witz Rodríguez, entonces en ese sentido, por mayoría de tres votos se resuelve y le agradecemos mucho al señor ministro Cossío Díaz la oportunidad de que nos haga el favor de hacer el engrose”.

³⁵² En la versión estenográfica de la sesión en la que se resolvió el amparo, de 5 de octubre de 2005, se dice: “Señor Ministro Cossío Díaz.- Para anunciar que quedara en el acta que voy a formular voto particular. Señora Ministra Presidenta.- Gracias señor ministro. Señor Ministro Silva Meza.- Yo también.”

Con el fin de dilucidar el enigma, el 17 de febrero de 2010, mediante el Sistema de Solicitudes de Acceso a la Información de la Suprema Corte, solicité información del engrose, específicamente: 1) La lista de las sesiones privadas o previas en que se discutió y aprobó el engrose. 2) La versión estenográfica de las sesiones privadas y 3) El trámite del asunto, porque al parecer había dos proyectos de engrose. El Secretario de Acuerdos de la Primera Sala, remitió informe en fecha 1 de marzo de 2010, mediante oficio, señalando que sometería la petición a consideración de la Sala. Mediante oficio de 8 de marzo de 2010, hizo del conocimiento lo siguiente:

«...en sesión privada de diecinueve de octubre del dos mil cinco, vía económica (sin que se haya hecho constar en documento alguno), la Sala acordó designar al Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, como encargado de elaborar el engrose del amparo en revisión 2676/2003, promovido por Sergio Hernán Witz Rodríguez.»³⁵³

El 24 de marzo de 2010, el Comité de Acceso a la Información ordenó se requiriese nuevamente a la Secretaría de Acuerdos de la Primera Sala, a efecto de que emitiera un pronunciamiento sobre la disponibilidad de las listas de las sesiones privadas en que se hubiese aprobado el engrose del amparo en revisión 2676/2003, y la versión estenográfica de las mismas. El 16 de abril de 2010, el Secretario de Acuerdos de la Primera Sala, emitió un informe en el que señaló lo siguiente:

«...son inexistentes las listas de sesiones privadas y las versiones estenográficas, que se solicitan, precisadas en la transcripción que antecede».³⁵⁴

³⁵³ Ejecución 1 correspondiente a la clasificación de información 24/2010-J.

³⁵⁴ La Tercera Sala determinó lo siguiente: VERSIONES TAQUIGRAFICAS DE LAS AUDIENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. NO TIENEN VALOR NI EFECTO ALGUNO. Las versiones taquigráficas de las discusiones en las audiencias públicas de las Salas de la Suprema Corte de Justicia no son sino documentos simples no revisados, corregidos ni autorizados por funcionario alguno ni constituyen actas de esas discusiones y es por ello, que la Suprema Corte de Justicia ha establecido que no tienen valor ni efecto alguno, en virtud además, de que las opiniones que sustentan los Ministros en la audiencia en que se resuelven los juicios de su competencia, sólo engendran efectos jurídicos al través de la sentencia que se pronuncia, si fueron tomadas en cuenta para normar su contenido, pues si tales opiniones no se aceptaron por la mayoría que pronunció la ejecutoria, no tiene trascendencia sobre la misma. TERCERA SALA. Reclamación en

En suma, al ser «inexistente» la información y al haberse aprobado «en forma económica» no es posible determinar cuáles fueron las razones del cambio de encargado de engrosar la sentencia. Pero como García Pelayo afirma: «extremando las cosas puede decirse que lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podrá decirse que lo fundamental es la motivación», que es objeto del presente trabajo.³⁵⁵

El viacrucis de Sergio Hernán Witz Rodríguez inició con la divulgación en abril de 2001 de su poema «La patria entre mierda»³⁵⁶ en la revista *Criterios*,³⁵⁷ publicación local de Campeche. Posteriormente, la asociación civil «Lic. Pablo García Montilla» denunció este hecho ante la Secretaría de Gobernación. Comparto la opinión de Gabriel Zaid cuando afirma que el público literario casi siempre se reduce a las personas que escriben, escribieron o alguna vez soñaron con escribir, por eso, el gobierno vigila más el teatro, la prensa, la radio o la

amparo civil 396/60. María de los Angeles González de del Valle. 28 de junio de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela.

³⁵⁵ VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2003, p.131.

³⁵⁶ 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.

³⁵⁷ De algún modo el título de la revista alerta sobre el contenido del material. No podemos pasar por alto que las publicaciones tienen un *público* al que va dirigido, cuestión de suma relevancia para evaluar los casos concretos en materia de libertad de expresión, porque una revista focalizada debe contar con mayor libertad de expresión de aquél al cual puede acceder un público más heterogéneo. Al respecto, John RUSKIN comenta lo siguiente: “¿A quién debemos incluir en él? La gente olvida perpetuamente que hay un público *separado* para cada cuadro y para cada libro. Con relación a una obra particular, el público es esa clase de personas que poseen los conocimientos que aquélla presupone, y las facultades a que se dirige. Con relación a una nueva edición de los *Principia* de Newton, el público significa poco más que la *Royal Society*. Con relación a un poema de Wordsworth significa todo el que tiene corazón. Con relación a uno de Moore, todo el que tiene pasiones. Con relación a las obras de Hogarth significa los que tienen conocimiento del mundo. Con relación a las obras de Giotto, los que tienen fe religiosa. Cada obra debe estar exclusivamente refrendada por el *fiat* del público *particular* a que se dirige. No escucharemos comentarios sobre Newton a personas que no tienen conocimientos matemáticos, ni sobre Wordsworth a las que no tienen corazón, ni sobre Giotto a las que no tienen religiosidad. Por lo tanto, cuando tenemos que formar un juicio sobre una nueva obra, la pregunta: ¿Qué dice el público a esto?, es realmente de vital importancia; pero debemos siempre inquirir primero: ¿Cuál es su público?”, *Fragmentos escogidos*, selección y prólogo de Federico Álvarez, FOCET, México, 1985, p.95.

televisión, que los libros y revistas literarias.³⁵⁸ De ahí la mala fortuna del escritor campechano: cayó bajo la censura sin ser un objetivo *prima facie* del gobierno.

Ulteriormente, el Director de Coordinación Interinstitucional y Fomento Cívico de la Secretaría de Gobernación dio la *notitia criminis* al Ministerio Público Federal.³⁵⁹ El poeta –bien asesorado por su abogado– se acogió al beneficio de no declarar, manifestando que lo haría por escrito, acto que realizó posteriormente.³⁶⁰ En su escrito alegó esencialmente la libertad expresión y la atipicidad de la conducta. A continuación, se ejerció la acción procesal penal ante un juez de distrito en Campeche, por la probable responsabilidad en la comisión del delito previsto en el artículo 191 del Código Penal Federal.³⁶¹ El órgano judicial dictó auto de sujeción a proceso el tres de octubre de dos mil dos.³⁶² El procesado apeló pero el tribunal unitario confirmó el auto.³⁶³ En contra de esta determinación de alzada y del artículo 191 del Código Penal Federal, por medio de su defensor público federal, Luis Raúl Ibáñez Domínguez promovió amparo indirecto ante un juez de distrito,³⁶⁴

³⁵⁸ ZAID, Gabriel, *Como leer en bicicleta*, Océano, México, 1996, p.194.

³⁵⁹ El delito se persigue de oficio de modo que cualquier persona estaba facultada para hacer la denuncia, incluso la propia organización civil. Un tema interesante consiste en saber si la asociación civil podía impugnar el no inicio de la averiguación previa, o si sólo podía hacerlo la Secretaría de Gobernación. En la contradicción de tesis 40/2006, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia resolvió que en la averiguación previa procede el amparo indirecto en términos del artículo 114, fracción VII, de la ley de amparo, en contra de la abstención del ministerio público de iniciarla después de formularse una denuncia de hechos que pudieran ser constitutivos de delito perseguible de oficio.

³⁶⁰ Escrito de fecha 5 de noviembre de 2001 ratificado ministerialmente.

³⁶¹ El artículo 191 del Código Penal Federal ordena: “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”.

³⁶² Auto de término constitucional de fecha 3 de octubre de 2002, dictado en la causa penal 103/2002 por el Juez Segundo de Distrito del Estado de Campeche. Se dictó un auto de sujeción a proceso porque el delito tiene pena alternativa.

³⁶³ Sentencia dictada en el toca penal número 522/2002-B por el Tribunal Unitario del Décimo Cuarto Circuito en Mérida Yucatán el cual confirma el auto de término.

³⁶⁴ Como se advierte, no se impugnó la apelación de una sentencia condenatoria de primera instancia sino, más bien, una resolución que forma parte del proceso penal, por lo que era posible que el juez de primera instancia dictara una sentencia absolutoria. La distinción es importante en virtud del principio de definitividad sólo se puede impugnar hasta que se han agotado todas las instancias, pero en el caso planteado toda vez que se ha causado un daño irreparable.

que declinó competencia a favor de un tribunal unitario,³⁶⁵ el cual, a su vez, sobreseyó y negó el amparo.³⁶⁶

La resolución de ese órgano de control de la constitucionalidad tenía algunas inconsistencias; por un lado, sobreseyó acertadamente respecto al acto imputado al Congreso de la Unión, en virtud de que no expidió el Código Penal Federal,³⁶⁷ sin embargo, igualmente sobreseyó respecto a la aplicación del artículo impugnado, pues consideró que la demanda había sido interpuesta en forma extemporánea, es decir, el acto era tácitamente consentido,³⁶⁸ pero respecto a la resolución combatida, que aplicaba la ley sustantiva, no tuvo el mismo razonamiento.³⁶⁹ En otras palabras, el tribunal consideró que el amparo indirecto contra leyes penales no podía interponerse en todo momento. Finalmente, el sobreseimiento fue *levantado* en la revisión de la sentencia.

Negó el amparo; esgrimió que «el Magistrado responsable no dejó de observar los principios reguladores de la prueba» y que el análisis del material probatorio «lleva a la determinación de que el mismo es suficiente para tener por acreditados los elementos que integran el cuerpo del delito...». Advierte que «...estuvo en lo correcto el magistrado responsable al considerar acreditado el cuerpo del delito en estudio, toda vez que los elementos probatorios referidos, demuestran, sin lugar a dudas, que un sujeto injurió, ofendió o despreció la bandera nacional, al proferir expresiones en deshonra, descrédito o menosprecio de este símbolo patrio... pues en todas esas expresiones se evidencia el ánimo de desdeñar y tener a menos

³⁶⁵ Por auto de 13 de diciembre de 2002 el Juez Tercero de Distrito en el Estado de Quintana Roo declina competencia a favor del Tribunal Unitario del Vigésimo Séptimo Circuito, el cual acepta la competencia, admite la demanda a trámite y la registra con el número 1/2003-I.

³⁶⁶ En audiencia constitucional de 19 de marzo de 2003, dictó sentencia que terminó de engrosar el 24 del mismo mes y años, sobresee y niega.

³⁶⁷ El Presidente Pascual Ortiz Rubio en uso de las facultades que le fueron concedidas expidió el Código Penal por decreto de 2 de enero de 1931. Cabe señalar que se trata de legislación proveniente de Maximato, en la cual Plutarco Elías Calles tenía control sobre la clase política de la época.

³⁶⁸ Transcurrieron más de 15 días desde que fue notificado el acto reclamado, que en principio es el término que establece la Ley de Amparo para interponer la demanda.

³⁶⁹ Pueden impugnarse en todo tiempo porque afectan la libertad personal.

una insignia nacional como lo es la bandera». ³⁷⁰ Agrega, finalmente, que el bien jurídico tutelado es el respeto a las insignias nacionales.

El tribunal colegiado de revisión ³⁷¹ reservó jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación porque no había precedente, ³⁷² para conocer de los planteamientos de inconstitucionalidad contra el artículo 191 del Código Penal Federal. La argumentación se sustentó en que la incriminación primaria ³⁷³ vulnera las garantías de libertad de expresión y de libre publicación de las ideas. Finalmente, correspondió por turno a la Ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz.

4.2. La opinión de la prensa. Como era de esperarse, los periodistas no tomaron con agrado el asunto. En *El Universal* se comentó lo siguiente: «En un caso inédito para la literatura mexicana, el Estado, a través de la Dirección de Coordinación Interinstitucional y Fomento Cívico de la Secretaría de Gobernación (Segob), acusa a un escritor de incurrir en presunto delito de ultraje a los símbolos patrios al publicar éste en una revista local un poema en el que insinúa que la Bandera le sirve de papel higiénico.» ³⁷⁴ De igual modo Carlos Avilés decía:

«En el máximo tribunal del país nadie lo conoce físicamente, pero ya lo llaman, en broma, "el poeta maldito".

³⁷⁰ «Por ultrajar, entendemos, injuriar algo o a alguien, ofendiéndolo, denostándolo, denotando de esa manera desprecio. El ultraje como acontece en el presente caso, puede ser cometido por medio de palabras, expresadas, de manera oral o escrita, las cuales deben tener una connotación injuriosa o difamatoria. En nuestro país, el Escudo, la Bandera y el Himno Nacional son símbolos patrios, ya que constituyen los elementos fundamentales de identidad de los mexicanos, reconociéndose en ellos un patrimonio cultural común. Por tanto, el artículo 191 del código sustantivo de la materia, protege el respeto a dichos símbolos de identificación nacional». Agrega, finalmente, que el bien jurídico tutelado es el respeto a las insignias nacionales.

³⁷¹ Se admite y se ordena formar el toca bajo el número 397/2003, Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito.

³⁷² La resolución cita el Acuerdo General número 5/2001, de veintiuno de junio de dos mil uno, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la determinación de los asuntos que conservará para su resolución y el envío de los de su competencia originaria a las salas y a los tribunales colegiados de circuito.

³⁷³ Juan Bustos Ramírez y Hernán J. Hormazábal Malarée dicen que «Con la norma que ha definido el delito ha tenido lugar la *incriminación primaria* y con la sentencia condenatoria que ha tenido lugar la *incriminación secundaria*», *Nuevo sistema de derecho penal*, Trotta, Madrid, 2004, p.21.

³⁷⁴ *El Universal*, Cultura, Martes 13 de noviembre de 2001.

Los que han leído el poema que originó que la Procuraduría General de la República (PGR) lo acusara de cometer el delito de ultraje a las insignias nacionales, se lo imaginan como un tipo mal encarado, agresivo y tosco.

Pero si lo conocieran en persona se sorprenderían, pues este hombre, de apenas un metro 50 centímetros de estatura, con anteojos diminutos de grueso cristal, con aire bonachón y que la palabra más agresiva que dice cuando habla es "cabrón", sea el responsable de que la Suprema Corte tenga en sus manos la resolución de uno de los casos más importantes en materia de libertad de expresión que ha revisado el alto tribunal.

De acuerdo con datos recabados en el máximo tribunal del país, la relevancia del amparo que solicitó Witz contra el auto de sujeción a proceso que le dictó una juez en Campeche por el delito de ultraje a las insignias nacionales va más allá de lo que le sucede a él, y se coloca en el terreno de lo que le podrá pasar a cualquiera en el futuro a partir de lo que determine la Corte en su caso».³⁷⁵

Mientras que en *La Crónica*, Raúl Trejo Delarbre esgrimió que:

«Sergio Witz Rodríguez es conocido en Campeche por su poesía desenfadada y a veces ríspida. Sus versos, además de antiolemnes en ocasiones les resultan ofensivos a sus lectores más conservadores. Nada de extraño habría en el hecho de que un escritor despierte reacciones de irritación con sus textos. Pero a Witz, por uno de sus escritos, le quieren imponer una sentencia que podría llegar a cuatro años de prisión.

En ese riesgo ha estado el poeta, nacido en Campeche hace 42 años, por unos versos acerca de la Bandera Nacional que publicó hace un par de años en una revista de aquella entidad. Se trata de una composición —resulta bastante aventurado llamarle poema— ciertamente ofensiva para el lábaro patrio.

...

En efecto, Witz estaba lejos de la inspiración de aquel autor zacatecano cuando se le ocurrieron esas líneas a las que tituló "La patria entre mierda". Tales versos hubieran permanecido olvidados de no ser porque, a algunos prohombres de la sociedad campechana, les indignaron tanto que presentaron una demanda legal contra Witz.

³⁷⁵ "El poeta maldito", *El Universal*, Lunes 27 de septiembre de 2004.

...

Lo que se está dirimiendo en ese caso es si la libertad de expresión de un ciudadano es inatacable incluso cuando es utilizada para calificar de esa manera a la insignia nacional.

*Witz no se entremetió en la vida privada de alguien, ni difamó a nadie. Sus injurias no afectan de manera específica a ninguna persona. La opinión que manifestó es contra un emblema, ciertamente apreciado y respetado, pero de carácter simbólico».*³⁷⁶

Por su parte Lorenzo Chim del periódico *La Jornada* esgrimió que:

*«Con el argumento de que "los escritores y periodistas ya nos hemos pasado demasiado" en las críticas a las instituciones y autoridades, la juez segunda de distrito, con sede en Campeche, Martha Cruz González, dictaminó el auto de sujeción a un proceso contra el poeta y escritor campechano Sergio Witz Rodríguez, por su poema *La patria entre mierda*.*

...

Esta semana, Witz Rodríguez presentó un escrito de apelación ante el tribunal colegiado del 14 circuito con sede en Mérida, Yucatán, para defenderse de la sentencia de la juez Martha Cruz González. "Y pienso contrademandar, porque me están causando un terrible daño moral. Y le pregunto a la juez, ¿por qué no procedió contra el señor Fox y su gabinete que le mocharon la mitad del águila al escudo nacional? ¿Eso no es ultraje? ¿Quién les autorizó que lo hagan?".

*Explicó que escribió el poema "con la finalidad de romper uno de los grandes mitos y hacer una crítica social sobre este tema que desafortunadamente algunos interpretaron como un ultraje o injuria. ¿Cómo puede una juez sin formación literaria juzgar un poema? ¿Con base en qué argumentos? Es claro que todo es muy subjetivo y es aberrante que se quiera sancionar penalmente a la literatura. En todo caso, que los escritores juzguen a los escritores».*³⁷⁷

4.4. Opinión personal respecto al asunto.

³⁷⁶ "Injuria o libertad", *La Crónica*, Sociedad y poder, 28 de septiembre de 2004.

³⁷⁷ "Proceso de sujeción al autor de *La patria entre mierda*", *La Jornada*, Cultura, Domingo 13 de octubre de 2002.

a) Bertrand Russell recuerda que una de las características más repulsivas de las tiranías es la forma en que obligan a las víctimas de la injusticia a rendir homenaje a los mismos que los maltratan. Los gladiadores romanos –continúa- saludaban a los emperadores que, para divertirse, iban a hacer morir a la mitad de ellos.³⁷⁸

b) Sin ironía apunto que los ministros protestan desempeñar «leal y patrióticamente el cargo de ministro» de acuerdo al párrafo al párrafo séptimo del artículo 97 de la Constitución Política. Además, si añadimos que los ministros tienen como parte del ornamento del edificio el lema «La patria es primero», alguien podría pensar que es comprensible el sentido de la resolución de la Suprema Corte.

c) Nuestro sistema jurídico se encuentra en un proceso de judicialización de las lesiones a los derechos fundamentales,³⁷⁹ esto es, los órganos del poder judicial ejercerán su competencia sobre la resolución de los litigios iusfundamentales. Bajo este tenor, conforta que se discuta una resolución de la Suprema Corte, en lugar –*inter alia*- de alguna medida arbitraria de la Administración Pública.

d) ¡El asunto estuvo casi dos años en la Suprema Corte! Los tribunales constitucionales deben ser expeditos en la solución de sus asuntos,³⁸⁰

³⁷⁸ RUSSELL, Bertrand, *Autoridad e individuo*, México, FCE, 1973, p. 78.

³⁷⁹ Recientemente se aprobó una reforma constitucional en materia de derechos humanos y de amparo en la que se estableció: «Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley».

³⁸⁰ La Jurisprudencia **113/2001 aprobada por el Tribunal Pleno establece:** «De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución General de la República se advierte que en ese numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia,

especialmente los relacionados con derechos fundamentales, su legitimidad está a prueba en todo momento, por tener legitimidad democrática de segundo grado.³⁸¹

Los jueces no se salvan de la crítica social, por ejemplo, en los *Viajes de Gulliver* de Jonathan Swift se describe: «En los procesos a personas acusadas de crímenes contra el Estado, el método es mucho más rápido y recomendable; el juez ordena primero sondear la disposición de quienes disfrutaban del poder, y después puede, con toda comodidad, ahorcar o absolver al criminal, cumpliendo rigurosamente todas las formas legales aconsejables».³⁸²

e) Por otro lado, la sesión en la que se resolvió el asunto en la Primera Sala de la Suprema Corte, no contó con problemario. Para comprender la trascendencia del hecho, es necesario señalar que cuando el ministro presenta un proyecto, adjunta una síntesis de la misma, las tesis propuestas y en ocasiones un problemario que permite guiar el debate en la sesión, especialmente para la racionalidad de las resoluciones. En este caso hubo una inconveniente en el debate, especialmente por la propuesta de *inaplicación* que hacía el ministro José Ramón Cossío Díaz. Más aún, es necesario precisar que durante la sesión de la Primera Sala hubo

derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la Norma Fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da».

³⁸¹ Ver PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p.162; Eduardo García de Enterría “Ningún otro órgano constitucional, ningún otro órgano político, se juega literalmente su vida día a día como éste sobre el acierto de su función y, concretamente, de su función precisamente judicial en el sentido jurídico más estricto del término, de respeto y de protección de la norma que aplica.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p.185.

³⁸² El pasaje pertenece al viaje al país de los Houyhnhnms. SWIFT, Jonathan, *Viajes de Gulliver*, Porrúa, México, 1974, p.178.

lapsos que no se podía determinar con claridad, si se discutía la constitucionalidad del poema o la del delito.

f) En el debate, los ministros Olga Sánchez Cordero y Sergio Valls Hernández realizaron una apelación a los sentimientos; la primera al recordar los años escolares, en tanto que el segundo hizo alusión a las imágenes que están presentes en el edificio del Alto Tribunal.

g) El engrose tuvo algunas complicaciones. En la sesión se había acordado que el Ministro José Ramón Cossío Díaz se iba a hacer cargo de esta parte, pero al final lo realizó otra Ponencia.

Tomemos en cuenta que cuando se resuelve un asunto, es decir, después de tomar la votación, el ministro ponente se encarga del engrose, en el donde se «*enriquece*» o se «*robustece*» con las observaciones –adiciones o reformas propuestas por los ministros en la sesión. En caso de ser rechazado, se nombra un ministro de la mayoría para que redacte la sentencia.

A propósito, este procedimiento crea inconvenientes si tomamos en cuenta que las sentencias de la Suprema Corte son colegiadas. Concretamente, si bien es cierto que los ministros pueden estar de acuerdo con el sentido de la resolución, no siempre es por las mismas razones. Luego, este problema incluye varios tópicos como la racionalidad de las resoluciones de un órgano del estado o las mayorías ficticias. Con se advierte, el secretario de estudio y cuenta encargado del engrose tiene una tarea complicada. Finalmente, el engrose se aprueba en sesión privada.

Gustavo Zagrebelsky afirma que en las resoluciones en el Tribunal Constitucional el *optimum* sería la unanimidad. El objetivo realista es llegar a la solución que suscita mayor acuerdo. Cuando se perfila una mayoría escasa, idónea sobre el papel para imponerse unilateralmente, y cuando –independientemente de los números- se manifiestan posiciones contrarias sostenidas por pocos jueces pero con fuertes argumentos, se prefiere, en las auténticas cuestiones de derecho

constitucional, buscar el mayor consenso. Esto requiere enfrentarse, generalmente con meticulosidad, a los hechos y a las motivaciones, para unificar el mayor número posible de razones constitucionales.³⁸³

En mi concepto, la Suprema Corte debe revisar la forma en que construye los criterios relacionados a los derechos fundamentales porque no puede ser posible que una mayoría sólo esté de acuerdo en el sentido de la resolución pero discrepe en la motivación, especialmente cuando se trata de asuntos en los que niega la protección de un derecho, aunque se realicen votos concurrentes. En el caso planteado, la mayoría debía estar de acuerdo con el límite constitucional que en el que se fundamentaba el artículo 191 del Código Penal Federal, y si no lograban ese mínimo común denominador, había que conceder el amparo.

Ahora bien, la sentencia que resolvió este amparo tiene un problema en la construcción del criterio. En la página 96 se sostiene lo siguiente:

«Es decir, mientras que por un lado las normas constitucionales conceden libertades a los gobernados de manifestar sus ideas y de publicarlas o escribirlas, por otro restringen a que tales actividades no ataquen a la moral, los derechos de terceros, a la vida privada, provoquen la comisión de un delito, o perturben el orden público, y que no se contrapongan a otra suerte de valores que recoja cualquier otro mandato constitucional».

En la sesión nunca se adujo semejante idea. Los ministros de la mayoría vincularon siempre los límites de la libertad de expresión a los manifiestamente señalados en los artículos sexto y séptimo constitucionales. Es probable que - dada la forma en la que los ministros interpretaron los límites constitucionales- se pueda arribar a esa conclusión, pero nunca se dijo así. Pongo por caso, la idea de José de Jesús Gudiño Pelayo lo refiere a la moral pública, de la que parte para vincularla al orden jurídico nacional. Por cierto, una teoría cuestionable porque parece dar a entender que la moral la establece –o impone- el constituyente

³⁸³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid, 2008, p.44

permanente o el legislador. Parece que este concepto de moralidad legalizada o constitucionalizada excluiría a la moralidad crítica.³⁸⁴

h) ¿No debió conocer este proceso penal un Jurado Federal en virtud de lo que establecía la Constitución? Si bien es cierto que esta figura es prácticamente letra muerta en nuestro sistema jurídico, no deja de ser una norma jurídica. Antes de la reforma de 18 de junio de 2008, el artículo 20 de la Constitución ordenaba:

«Art. 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación».

Cabe destacar que la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación vigente,³⁸⁵ regula esta figura en el Título Quinto, Del Jurado Federal de Ciudadanos:

«Artículo 56. El Jurado Federal de Ciudadanos es competente para resolver, por medio de un veredicto, las cuestiones de hecho que le sean sometidas por los jueces de distrito con arreglo a la ley.

Artículo 57. El Jurado Federal de Ciudadanos conocerá de los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación, y los demás que determinen las leyes».

Ciertamente, es una figura en desuso, aunque se pueden citar pocos casos de la Quinta Época de la Suprema Corte, como Amparo penal directo 1460/28. Colón

³⁸⁴ José de Jesús Gudiño Pelayo agrega: «Esta noción de moral pública no es evidentemente la que recogieron las leyes penales, circunscrita a los actos obscenos, en mi estimación moral pública comprende todo aquel comportamiento individual que resulta apegado a las prescripciones que el orden jurídico establece para normar las relaciones del gobernado con la sociedad y el Estado, y excluye los comportamientos que no lo estén».

³⁸⁵ En el Dictamen de la Cámara de Origen sólo se menciona que Proyecto del ejecutivo que se llamaba "Del Jurado Federal de Ciudadanos", constituía, de manera similar y equivalente, la institución del Jurado Federal, existente ya en nuestro orden jurídico positivo.

Porfirio y coagraviados resuelto el 30 de mayo de 1930, en donde se estableció que en el caso de delito de ataques al orden o a la paz pública, penado por la Ley Reglamentaria de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Federal, si se habían cometido por medio de la prensa, los delincuentes debían ser juzgados por un jurado de ciudadanos, como lo ordenaba el artículo 20, fracción VI, de la Constitución.³⁸⁶ También se puede apreciar el Amparo penal directo 4709/31. Camps Trujillo Federico y coagraviados resuelto el 10 de mayo de 1933.³⁸⁷

i) Como señalamos en el capítulo tercero, recientemente la Corte Constitucional de Colombia en la sesión de la Sala Plena celebrada el día 26 de agosto de 2009³⁸⁸ examinó el tipo penal acusado frente a los cargos de vulneración del derecho a la libertad de expresión, del principio del pluralismo y del principio de legalidad en materia penal. En primer lugar reiteró su jurisprudencia en torno a la importancia del derecho a la libertad de expresión en el marco de una sociedad democrática e hizo alusión a los deberes constitucionales relacionados con el respeto a los símbolos patrios. Para resolver los cargos planteados sometió la disposición acusada a un juicio de proporcionalidad y concluyó que si bien la disposición acusada perseguía fines constitucionalmente legítimos, no era necesaria pues los mismos propósitos podían ser alcanzados con otro tipo de medidas de carácter administrativo y policivo, las cuales resultaban menos gravosas respecto de los otros derechos y principios constitucionales en juego. Igualmente consideró que el artículo 461 de la Ley 599 de 2000 era inconstitucional debido a que el tipo penal no era claro en cuanto al tipo de conductas que cobijaba el verbo rector.

j) Si bien es cierto que el delito tiene diversas fuentes, como la personalidad del estado, ahora podría estar sustentado en los derechos culturales –como lo hizo el

³⁸⁶ Se promovió un amparo contra la sentencia dictada en grado de apelación por el Tribunal del Séptimo Circuito que confirmaba la del Juez de Distrito por la cual se condenaba a los quejosos por los delitos de injurias a una Nación amiga y ataques a la paz y tranquilidad de la Nación.

³⁸⁷ Se promovió contra actos de la Sala del Ramo Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán por el delito de ultrajes a funcionarios públicos.

³⁸⁸ Expediente D-7584 -Sentencia C-575/09, Magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Ministro Sergio Valls Hernández, que tímidamente retomó la sentencia. En efecto, la resolución de la Suprema Corte trató de conciliar dos nociones, por un lado, defiende la teoría de los bienes culturales y por otro la «dignidad de la nación» que construye por medio del argumento de autoridad.³⁸⁹ Sin embargo, no son sinónimas. Es interesante señalar que la resolución no sigue el argumento a *rúbrica* o a *sedes materiae*, es decir, no determina el bien jurídico por el título de los artículos a los que pertenece el delito o bien, por su ubicación.

Es importante destacar que la Suprema Corte debió fundar el argumento de la sentencia sólo a partir de una de las vertientes, toda vez que si bien es cierto que no son del todo excluyentes, tienen un origen distinto.

Ahora bien, cuando deseamos convencer a otro, solemos acumular argumentos algunos contrarios o hasta contradictorios, sin embargo, nuestro Máximo Tribunal no debería emplear esta especie de «sedimentación argumentativa», que podría afectar la congruencia interna de las resoluciones.

k) En cuanto a la tipicidad, toda vez que la estructura del bien jurídico tiene sus complicaciones, es posible que el sujeto activo pueda plantear un error de tipo – error sobre la lesión del bien jurídico-, si alega que no sabía que su conducta lo menoscababa. Si injuriara una bandera histórica habría atipicidad por ausencia del elemento normativo.

De igual modo, era importante dar alguna idea sobre la tentativa y el arrepentimiento, a saber, una persona escribe una injuria a la bandera pero después cambia de parecer, después pide que no se publique.³⁹⁰ Por otro lado, en relación con el objeto material, ¿sería delito injuriar los colores nacionales?

³⁸⁹ Cita la opinión de Mariano Jiménez Huerta y Raúl Carrancá y Trujillo.

³⁹⁰ El párrafo tercero del artículo 12 del Código Penal Federal establece: Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

En el ámbito de la antijuridicidad, pudo señalarse que si la injuria a la bandera envuelve una crítica política –como el caso de disputar con acritud su valor simbólico- quedaría amparada por una causa de justificación, concretamente, el ejercicio de un derecho, el de libertad de imprenta. Este punto es relevante porque quedarían resguardadas, incluso las palabras formalmente injuriosas.³⁹¹

En cuanto a la culpabilidad, en este tipo de asuntos podría plantearse un error de prohibición directo, sobre la interpretación del delito³⁹² o un error sobre el lugar, es decir, si puede ser en público en privado; también puede existir error sobre si la crítica social cae o no bajo la norma penal.

Igualmente, no es descabellado que el inculpado hubiese alegado un error de prohibición indirecto, toda vez que consideraba amparada su conducta por la libertad de expresión, es decir, una causa de justificación.

Sobre el tema de la interpretación del delito existen otras complicaciones, concretamente, la aplicación extraterritorial de la norma, que implica la titularidad de los derechos del ofendido del delito.³⁹³ Si un extranjero injuria la bandera mexicana en su país, ¿se consideraría como un delito cometido «contra mexicanos» para efectos del artículo 4º del Código Penal Federal?³⁹⁴

l) Por otro lado, en el proyecto –y en el voto minoritario-, el ministro José Ramón Cossío Díaz asume que el autor del delito es siempre un ciudadano –en pleno uso de facultades-, el cual en ejercicio de su autonomía y su derecho a disentir,

³⁹¹ Por ejemplo, en la libertad de reunión que establece el párrafo segundo del artículo 9 de la Constitución se establece que «No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligada a resolver en el sentido que se desee».

³⁹² Faltaría la conciencia del injusto.

³⁹³ Por los derechos procesales que establece la Constitución a favor de ellos.

³⁹⁴ Artículo 4º del Código Penal Federal. Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: I.- Que el acusado se encuentre en la República; II.- Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y III.- Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.

disputa el valor de los símbolos nacionales. Ahora bien, independientemente de que existe una diferencia entre injuriar y disputar el valor de un objeto, no todos los posibles autores del delito son ciudadanos, basta citar el ejemplo de los turistas extranjeros, ¿Sería inconstitucional *prima facie* una multa a un extranjero que injurie la bandera en un *Springbreak*?

¿Por qué no interpretar el artículo de tal modo que sólo los extranjeros y ministros de culto sean los sujetos activos del delito? Considero que la Suprema Corte tuvo dificultades para construir el régimen constitucional de libertad de expresión que – desde mi perspectiva- tiene dos, sistemas, el general y los especiales. Finalmente, ¿sería inconstitucional una sanción administrativa a un ciudadano que ultraje la bandera en un contexto de odio?

m) Respecto al fallo del Alto Tribunal, se advierte que estamos ante un amparo indirecto contra leyes³⁹⁵ que en virtud del principio de relatividad sólo tiene efectos *inter partes*. En la presentación del asunto ante la Primera Sala, el Ministro José Ramón Cossío Díaz propuso utilizar la figura de la *inaplicación* o desaplicación, la cual de acuerdo con Luis Prieto Sanchis cuando una ley sea clara y manifiestamente inconstitucional en toda circunstancia, su desaplicación terminará siendo equivalente a la nulidad, pero, en general y en línea de principio, lo que el juez declara es que una ley resulta inadecuada para disciplinar un caso a la vista de que el resultado de su aplicación se muestra contrario a la Constitución, pero sin que ello prejuzgue que en otro caso diferente la misma ley no pueda ser perfectamente válida y aplicable.³⁹⁶

n)

En la actualidad, la figura de la *inaplicación* ha cobrado relevancia, como se advierte de la tesis P. V/2013 (10a.)

³⁹⁵ En México de acuerdo con Héctor Fix Zamudio el amparo incorpora cinco instrumentos: habeas corpus, inconstitucionalidad de leyes, casación, contencioso-administrativo y proceso social agrario. Ver ZALDIVAR, Arturo “El juicio de amparo y la defensa de la Constitución”, en *La Defensa de la Constitución*, COSSÍO, José Ramón y M. PEREZ DE ACHA Luis (compiladores), Fontamara, México, 2000.

³⁹⁶ *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p.170.

CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA CUYA INCONVENCIONALIDAD SE DECLARA SÓLO TRASCIENDE A UNA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DEL ACTO RECLAMADO AL NO EXISTIR LA DECLARATORIA RELATIVA. *En materia de derechos humanos puede analizarse la contradicción entre una norma general interna y un tratado internacional a través del juicio de amparo, pues si bien es cierto que los juzgadores federales cuentan con facultades constitucionales para realizar el control concentrado en términos de los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también lo es que las tienen para efectuar el control de convencionalidad con motivo de lo previsto en los artículos 1o. y 133, última parte, de la propia Constitución, así como de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, y por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el asunto varios 912/2010, del que derivó la tesis *P. LXVII/2011 (9a.)*, de rubro: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD". Lo anterior significa que una vez que el juzgador realice el control de convencionalidad y determine que una norma interna es contraria a determinado derecho humano contenido en un tratado internacional e, incluso, a la interpretación efectuada al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe analizar el acto reclamado prescindiendo del precepto de derecho interno y aplicando el instrumento internacional en materia de derechos humanos. En ese sentido, es innecesario reflejar la inconventionalidad de una norma de derecho interno en los puntos resolutive de la sentencia en la que se hace dicho pronunciamiento, pues éste sólo trasciende al acto de aplicación, en tanto que el control de convencionalidad no puede llegar más allá de la inaplicación de la norma interna en el caso específico; esto es, la inaplicación de la norma cuya inconventionalidad se declara sólo trasciende a una inconstitucionalidad indirecta del acto reclamado, por lo que es innecesario llamar a juicio a las autoridades emisoras de la norma*

cuya inconventionalidad se demanda, pues no habrá una declaratoria de inconstitucionalidad de ésta, sino sólo su inaplicación respecto del acto reclamado.

Este asunto nos ejemplifica la importancia de abrir el abanico de soluciones, a saber, la justicia constitucional posee un amplio margen de maniobra, no tiene que sujetarse a la dicotomía inconstitucionalidad o constitucionalidad *in toto*. En este caso era posible plantear la inconstitucionalidad de la pena de prisión, y dejar abierta la posibilidad de una multa, invocando el principio de mínima intervención del derecho penal. A propósito de la prisión, Oscar Wilde escribió «Para los que están en la cárcel, las lágrimas forman parte de la experiencia cotidiana. El día que uno en la cárcel no llora, es un día en que tiene el corazón endurecido, no un día en que su corazón se siente feliz».³⁹⁷

Aún más, en un país como México, la pena de prisión no es solamente la pérdida de la libertad, sino el sufrimiento de problemas de diversa índole como el autogobierno en los reclusorios, revisiones indignas a los visitantes,³⁹⁸ entre otras.

De igual modo, era posible dejar atrás esta bifurcación sanción penal-libertad absoluta, desmenuzando otras posibles sanciones para salvaguardar el bien constitucionalmente protegido. En el caso era viable determinar la inconstitucionalidad de la porción normativa impugnada, dejando abierta la posibilidad de una sanción administrativa, tal como existe en nuestro ordenamiento. En efecto, el artículo 56 de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de febrero

³⁹⁷ Oscar Wilde, *De Profundis*, Ed. Tomo, México, 2002, p.177; Recientemente, en la entrevista de Julio Scherer a la Reina del Pacífico, en un momento de la conversación, Sandra Ávila Beltrán contuvo sus lágrimas con un clínex, Scherer dijo: No llore, señora. Ella fue contundente: «En la cárcel, lloramos todos», SCHERER, Julio, *La Reina del Pacífico: es la hora de contar*, Debolsillo, México, 2010, 2008, p.21.

³⁹⁸ Recomendación general, número 1 de la Comisión Nacional De Los Derechos Humanos Derivada de las prácticas de revisiones indignas a las personas que visitan centros de reclusión estatales y federales de la república mexicana. Juan Ramón Capella Las penas de prisión no parecen ser socialmente eficaces, sino todo lo contrario, aunque destruyen a los seres humanos; las prisiones mismas se convierten no tanto en escuelas de delincuentes como en refinados infiernos donde la privación de libertad es mera condición para tormentos mayores. CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida*, 3ª ed, Trotta, Madrid, 2001, p.142.

de 1984, -en el sexenio de la «*Renovación Moral*»- contiene una sanción para el asunto.³⁹⁹ Bajo este tenor, en la *ratio decidendi* se declararía la constitucionalidad del delito y en la *obiter dicta* se *sugeriría* la constitucionalidad de la sanción administrativa, es decir, se concilian las posturas fuertes.

Sin embargo, esta idea no fue planteada en el proyecto, la cual probablemente hubiera persuadido a los ministros –como una técnica suasoria- sobre la inconstitucionalidad del citado artículo, al advertir que la injuria a la bandera está castigada por la justicia administrativa. Luego, el bien constitucionalmente protegido habría quedado salvaguardado. Dentro de esa táctica también hubiera sido útil citar el artículo 280 del Código de Justicia Militar el cual impone una pena de un año seis meses de prisión.⁴⁰⁰ En el Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión.⁴⁰¹

o) Es importante tener delineados los límites a la libertad de expresión, porque existe la tentación de poner al sufrimiento como uno de ellos, que después se encubran por medio de eufemismos –moral, seguridad nacional o derechos de tercero- Ray Bradbury en su novela Fahrenheit nos pone un caso:

«Montag puedo leer en los labios de Mildred lo que ésta decía desde el umbral. Trató de no mirar la boda de ella, porque, entonces, Beatty podía volverse y leer también lo que decía. -A la gente de color no le gusta El pequeño Sambo. A quemarlo. La gente blanca se siente incómoda con La cabaña del Tío Tom. A quemarlo. ¿Alguien escribe un libro

³⁹⁹ Las contravenciones a la presente Ley que no constituyan delito conforme a lo previsto en el Código Penal para el Distrito Federal en materia Común, y para toda la República en materia de fuero federal, pero que impliquen desacato o falta de respeto a los Símbolos Patrios, se castigarán, según su gravedad y la condición del infractor, con multa hasta por el equivalente a doscientos cincuenta veces el salario mínimo, o con arresto hasta por treinta y seis horas. Si la infracción se comete con fines de lucro, la multa podrá imponerse hasta por el equivalente a mil veces el salario mínimo. Procederá la sanción de decomiso para los artículos que reproduzcan ilícitamente el Escudo, la Bandera o el Himno Nacionales.

⁴⁰⁰ Artículo 280. El que injurie, difame o calumnie al ejército o a instituciones que de él dependan, armas, cuerpos, guardias o tropa formada, será castigado con un año de prisión. Se impondrá la pena de un año seis meses de prisión, al que ultraje la bandera nacional.

⁴⁰¹ Artículo 36. Queda prohibido a los concesionarios, permisionarios, locutores, cronistas, comentaristas, artistas, anunciantes, agencias de publicidad, publicitas y demás personas que participen en la preparación o realización de programas y propaganda comercial por radio y televisión lo siguiente: II. Todo aquello que sea denigrante y ofensivo para el culto de los héroes o para las creencias religiosas, así como lo que, directa o indirectamente discrimine cualesquiera razas.

*sobre el tabaco y el cáncer de pulmón? ¿Los fabricantes de cigarrillos se lamentan? A quemar el libro. Serenidad, Montag. Líbrate de tus tensiones internas. Mejor aún, lánzalas al incinerador. ¿Los funerales son tristes y paganos? Eliminémoslos también. Cinco minutos después de la muerte de una persona, está en camino hacia la Gran Chimenea, los incineradores son abastecidos por helicópteros en todo el país. Diez minutos después de la muerte, un hombre es una nube de polvo negro. No sutilicemos con recuerdos acerca de los individuos. Olvidémoslos. Quemémoslo todo, absolutamente todo. El fuego es brillante y limpio».*⁴⁰²

Uno de los problemas principales de este asunto consistió en sistematizar el régimen constitucional de la libertad de expresión.⁴⁰³ Desde mi perspectiva existen un régimen general –artículos sexto y séptimo constitucionales- y otros especiales. Como el presidente que tiene una función especial y diferente no es un ciudadano más.

Aunado a lo anterior, como dijimos en el capítulo segundo, nos desarrollamos en diferentes roles y en cada uno de ellos la libertad de expresión *deberá ser*

⁴⁰² RAY BRADBURY, *Fahrenheit 451*, Debolsillo, México, 2004, p.69.

⁴⁰³ Recientemente se aprobó una jurisprudencia relacionada con los límites a los derechos fundamentales: RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática. Tesis de jurisprudencia 2/2012 (9a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de ocho de febrero de dos mil doce.

ponderada con otros bienes colectivos o particulares. Por ejemplo, en el caso de un militar en activo al estar en servicio tendrá limitada su libertad por la disciplina castrense, pero cuando se encuentre en su hogar o en una asociación dicha libertad tendrá otra esfera de interrelación.

En el escenario político, los extranjeros no pueden inmiscuirse, al igual que los ministros de culto. En el escenario educativo la libertad de expresión debe realizarse acorde a las directivas que establece el artículo 3º constitucional. De igual modo, respecto al escenario político, el presidente no quedará limitado con el estándar general. En efecto, en el caso de la política internacional, el ejecutivo debe respetar los principios de autodeterminación de los pueblos y la no intervención. Todo esto se encuentra esbozado en el capítulo II.

p) El proyecto presentado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz se basa en varios argumentos:

El primero es la teoría estándar de la libertad de expresión, la cual básicamente la que sostiene el sistema interamericano de protección de los derechos humanos,⁴⁰⁴ incluso cita una opinión consultiva. El proyecto se planteaba principalmente desde una perspectiva clásica de la libertad de expresión, en su tesis fuerte de la autonomía moral,⁴⁰⁵ aunque también toma en cuenta su vertiente social o colectiva. Contiene, además, una argumentación pragmática sobre la consecuencia que tiene una resolución relacionada con la libertad de expresión, la

⁴⁰⁴ Cita expresamente la Opinión Consultiva Oc-5/85 del 13 de Noviembre de 1985 Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 Y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos) solicitada por el gobierno de Costa Rica.⁴⁰⁴

⁴⁰⁵ Respecto a la autonomía es importante destacar el papel del «pastor» en el cristianismo, como dice Michel Foucault: «la existencia de un pastor implica la obligación de procurar la salvación de cada individuo. Dicho de otra forma, la salvación en el Occidente cristiano es un asunto individual – todos debemos salvarnos- pero, al mismo tiempo, esto no es objeto de elección. La sociedad cristiana, las sociedades cristiana, no dejan al individuo la libertad de decir: «Pues bien, yo no quiero salvarme». Todo individuo debe procurar su salvación: «Tú serás salvado o, mejor aún, es necesario que hagas todo lo posible para que puedas ser salvado y te castigaremos en este mundo si no haces lo necesario para salvarte». En esto consiste, precisamente, el poder del pastor: en que tiene autoridad para obligar a la gente a hacer lo necesario para salvarse: salvación obligación. FOUCAULT, Michel, *Sexualidad y poder (y otros cuentos)*, Folio, México, 2007, p.24.

cual no solamente resolverá el litigio sino que afectará el grado en que está asegurada la libre circulación de ideas y opiniones.⁴⁰⁶

La autonomía podría utilizarse en asuntos como los cobros indebidos por fiestas patrias⁴⁰⁷ De igual modo, Gabriel García Márquez en *Cien años de Soledad* se dice:

*«Don Apolinar Moscote, el corregidor, había llegado a Macondo sin hacer ruido. Se bajó sin hacer ruido. Se bajó en el Hotel de Jacob –instalado por uno de los primeros árabes que llegaron haciendo cambalache de chucherías por guacamayas- y al día siguiente alquiló un cuartito con puerta hacia la calle, a dos cuadras de la casa de los Buendía. Puso una mesa y una silla que le compró a Jacob, clavó en la pared un escudo de la república que había traído consigo, y pintó en la puerta el letrero: Corregidor. Su primera disposición fue ordenar que todas las casas se pintaran de azul para celebrar el aniversario de la independencia nacional».*⁴⁰⁸

Otro argumento del Ministro José Ramón Cossío es que el artículo impugnado no era un desarrollo adecuado de los límites constitucionales a la libertad de expresión.

En el tercero -a propósito de la negativa a interpretar el orden público desde una perspectiva normativa- intenta demostrar que la bandera no es un bien constitucionalmente protegido, probablemente tratando de hacer frente a la teoría constitucional del bien jurídico que parecían sostener los demás ministros. Desde mi perspectiva no era necesario argumentar sobre este punto porque introduce

⁴⁰⁶ Esta concepción puede entenderse como una aplicación de la ética de la responsabilidad que desarrolló en un artículo el Ministro José Ramón Cossío conjuntamente con Ulises Schmill señaló: «Por lo tanto, el intérprete, órgano del Estado, tiene que llevar a cabo dos funciones de importancia extraordinaria: 1. Establecer el conjunto de interpretaciones posibles de la forma que le exige cumplimiento, y determinar las consecuencias probables de cada una de esas posibles interpretaciones, sin que de ninguna manera queden excluidas las consideraciones de justicia o moralidad que pueda tener»; «Interpretación del Derecho y concepciones del mundo», Ulises SCHMILL y José Ramón COSSIO, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Rodolfo Vázquez (compilador), Fontamara, México, 2003, p.83.

⁴⁰⁷ Recomendación 11/2006, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla. además del principio de legalidad.

⁴⁰⁸ GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel, *Cien Años de Soledad*, Alfaguara, 2007, p.70.

justificaciones cuestionables que debilitaron su propuesta fuerte y animaron el discurso sobre el amor a la patria.

q) En el amparo en cuestión, tal vez hubiera sido preferible una sentencia interpretativa, incluso negando el amparo, después de esmerilar el artículo 191 del Código Penal de tal modo que el poema quedara protegido⁴⁰⁹, es decir, se podía preparar una decisión favorable en la primera instancia de la justicia ordinaria federal, creando una especie de efecto reflejo de la sentencia. En suma, una interpretación conforme del artículo.

La Constitución mexicana no establece ninguna prohibición expresa sobre el ultraje a los símbolos nacionales, tampoco un deber de respeto. En cambio, la Constitución chilena establece en su artículo 22 que «todo habitante de la República debe respeto a Chile y a sus emblemas nacionales».

Debemos considerar que los límites a la libertad de expresión se encuentran expresamente señalados en la Constitución, por lo que el bien jurídico tutelado por algún delito de expresión debe ser el desarrollo de alguno de esos límites. Esto es, el bien jurídico debe ser –o una especie- el orden o la paz pública, la moral o los derechos de tercero.

Así, de considerar al delito en cuestión como un desarrollo de la paz pública, significa que en caso de no afectarse ésta no habría delito, toda vez que no se afectó el bien jurídico. De igual modo, el dolo debe incluir como fin la afectación a éste. El enunciado interpretativo *grosso modo* quedaría así «al que ultraje la bandera con la finalidad de alterar la paz pública se le impondrá...». En este mismo orden de ideas, se podía esgrimir que el delito era un desarrollo de la moral, interpretando la crítica a la mexicanidad en un contexto de discurso de odio, como un desarrollo válido de aquella, es decir, interpretar el bien jurídico en un modo restringido. El enunciado interpretativo quedaría así: «al que ultraje la bandera con la finalidad de construir un discurso de odio, se le impondrá...».

⁴⁰⁹ Cabe señalar que el delito en cuestión no es delito político.

En mi concepto se trata de un derecho cultural, necesario para la cohesión de los ciudadanos.

r) Respecto a las palabras formalmente injuriosas diserta Francisco Carrara –en relación con el delito de injurias- «Es general, así en los teóricos como en los prácticos, el reconocimiento de este *doble* elemento, y nadie, a menos que quisiera mostrarse en extremo ignorante de los primeros rudimentos del derecho penal, se atrevería a afirmar que para que exista delito de injuria basta la *materialidad* de una palabra ultrajante, sin que sea necesario también probar que quien la emitió tenía el *ánimo* de ofender...¡Qué se diría de un juez que habiéndole propuesto como defensa de un homicida la cuestión relativa al *ánimo de matar*, respondiera que el *ánimo de matar resulta de haber dado muerte!*». ⁴¹⁰

Ahora bien, en cuanto a la «interpretación del hecho», el Ministro José Ramón Cossío Díaz señaló «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». Cita –entre otros casos- a Antonio Soto Y Gama en la Convención de Aguascalientes. ⁴¹¹

Este comentario ejemplifica la importancia de la construcción del delito. En efecto, ¿a qué se refiere el Ministro? ¿Afirma que la conducta es atípica porque no existe animus injuriandi, toda vez que al poeta propugna por un nacionalismo no

⁴¹⁰ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Parte especial, Vol III, 3ª d, 1988, Bogotá, p.51-2.

⁴¹¹ Jesús Silva Herzog narra el hecho: «Dijo, entre otras cosas, que aquella bandera era una piltrafa, un guiñapo inútil y ridículo. La tormenta estalló. Todos gritaban desordenadamente. Muchos delegados echaron mano a las pistolas y estuvieron a punto de disparar llenos de indignación sobre Díaz Soto y Gama, quien permaneció en la tribuna con los brazos cruzados, inmóvil y sereno. Entre la infernal gritería se escuchaban las voces de los generales Eduardo Hay y Mateo Almanza que recomendaban calma a sus compañeros. La calma se hizo al fin. Soto y Gama continuó su discurso. Quince minutos más tarde los delegados lo aplaudían con entusiasmo desbordante», *Breve historia de la revolución mexicana. La etapa constitucionista y la lucha de facciones*, FCE, México, 1993, p.159.

epidérmico? O, más bien, ¿qué puede ser una conducta típica pero como la finalidad prevalente es valiosa políticamente, debe ser protegida?

Al no haber Exposición de Motivos del Código Penal Federal, pues se trató de una ley expedida por el Presidente de la República en uso de facultades que le otorgó el Congreso, no es posible realizar una interpretación *subjetiva* de ese tipo penal para poder determinar las conductas que posiblemente puedan configurar ese “ultraje a los símbolos nacionales”.

Definitivamente no es fácil determinar cuáles eran las actividades que el legislador deseaba reprimir al crear este delito. Además, cabría preguntarse cuál es el bien jurídico tutelado en este tipo penal para saber con seguridad, antes de obrar, qué comportamiento está prohibido bajo amenaza de pena.

Un estudiante «veja» la bandera de México en el sótano de su casa sin que nadie más se entere, ¿cometió el delito de ultrajes a la bandera? Ahora supongamos que había una cámara grabando y que el video se publicó sin su consentimiento en la sociedad, ¿en este caso sí habría ultraje?

Otro caso, el mismo estudiante junto con sus compañeros de ideas «veja» la bandera en el sótano de su casa sin que nadie más se entere, como lo deseaban ellos ¿cometieron delito de ultrajes a la bandera? En este caso, si contestáramos en forma afirmativa la pregunta, tal vez, estaríamos más cerca del derecho canónico, donde alguien omnipresente, en este caso la bandera, en una especie de espíritu, estaría siendo injuriada.

Sigamos con los ejemplos, otro hombre en la intimidad de su hogar decide quemar la bandera del país para protestar en forma simbólica alguna medida que adoptó el gobierno. Su vecino, que espiaba su casa, se percató de la conducta y lo acusa. ¿Estaríamos hablando del delito de ultrajes a la bandera?

Veamos otro caso, un hombre «insulta» la bandera ante un grupo numeroso de espectadores. La mayoría se siente ofendida pero ninguno de ellos piensa que la dignidad del país o del Estado Mexicano se vio afectada por esta conducta. ¿Se afectó el bien jurídico tutelado por el artículo 191 del Código Penal Federal?

En suma, ¿quién es el titular de ese bien jurídico?, ¿será el Estado? No es fácil responder a todos estos cuestionamientos porque no es fácil saber el bien jurídico tutelado y, además, quién es su titular.

Debido a esta indefinición del tipo penal, los actos de disenso o de crítica política quedarían vedados por la norma penal, ante la indeterminación de la norma jurídica. Para comprender la conducta prohibida es necesario hacer un estudio del bien jurídico protegido por la norma, para poder determinar qué tipo de conducta es la prohibida por la norma penal y si es constitucionalmente posible.

El jurista español Muñoz Conde comenta que el origen espúreo de este precepto y su posible incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión cuestionan gravemente su mantenimiento en el actual Código Penal. Agrega:

«Por eso, se imponen una interpretación restrictiva de la expresión «ofensas o ultrajes» que constituye el núcleo del tipo. Por tal debe entenderse la ofensa grave, el menosprecio, la injuria llevada a cabo por palabras o actos y no simplemente una falta de respeto. Naturalmente, el concepto de «ultraje a España» varía de una sensibilidad política a otra. Durante el último período de la dictadura franquista se consideraron ultrajes en la STS 26 de junio de 1969 quemar la bandera nacional, y en la STS 11 de diciembre de 1973, decir que los españoles son «hijos de puta». Si bien estos hechos podrían hoy considerarse como «ultrajes», es probable que en un determinado contexto político (manifestación a favor de una determinada reivindicación autonómica o incluso separatista) se consideren normales o, por lo menos, como ejercicio legítimo de la libertad de expresión o manifestación de opinión. Del mismo modo que en un estadio de fútbol se profieren contra el árbitro o los jugadores expresiones gravemente injuriosas, sin que a los afectados por las mismas se les ocurra

interponer una querrela criminal, hay que admitir que en manifestaciones contra la guerra (caso de los jóvenes universitarios norteamericanos en sus protestas en los años 60 contra la Guerra de Vietnam), o de carácter nacionalista, se quemen banderas o se profieran expresiones objetivamente injuriosas contra una determinada concepción de la unidad de España (sobre el art. 10.3º de la Ley sobre uso de la Bandera de España, de 28 de octubre de 1981, cfr. CALDERÓN SUSÍN; TAMARIT SUMALLA, 1988, p. 929; y STS 20 de febrero de 1990). En general, la doctrina se muestra contraria al mantenimiento de este precepto tanto por su falta de contenido sustancial, como por lo que puede suponer de límite a la libertad de expresión y a la legítima discrepancia política (véanse CANCIO MELIÁ, en RODRIGUEZ MOUROLLO, Comentarios, p. 1337; PORTILLA CONTRERAS, en Curso II, p.825; CARBONELL/ VIVES, en VIVES, Comentarios, p.2061; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO, Comentarios, p.2160».⁴¹²

Muñoz Conde comenta que respecto al delito de ultrajes a la Nación española que se excluye del tipo penal la crítica a la orientación política que adopta un gobierno⁴¹³. Posteriormente cita un caso de la STS 28-4-89 en el que no se determinó que fueran ultrajes a la bandera “devolver al Ministerio del Interior la bandera de España por considerar su presencia no deseable”, al ser dicha conducta «una manifestación de la libertad de expresión».⁴¹⁴

En la sesión que resolvió el asunto de Sergio Hernán Witz, la Ministra Olga Sánchez Cordero

«Yo suscribo todo lo que los señores ministros José Ramón Cossío y Juan Silva Meza han dicho en relación a esta libertad de expresión; decía el ministro Silva Meza: “¿Vamos entonces a limitar la denuncia ciudadana, vamos a limitar la crítica al gobierno o, inclusive, el escrutinio de nuestras sentencias en aras de la libertad de expresión? No. Puede haber una libertad absoluta de expresión, bienvenida y adelante, pero esto ya no es la libertad de expresión, es un verdadero ultraje a nuestros símbolos patrios».

⁴¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14 ed. Valencia, Tyrant lo Blanch, p. 832.

⁴¹³ En *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen IV, Madrid, Civitas, 1995, p.6616.

⁴¹⁴ *Ibidem*.

El propio Hernán Witz había dicho que su poema se había escrito «con la finalidad de romper uno de los grandes mitos y hacer una crítica social sobre este tema que desafortunadamente algunos interpretaron como un ultraje o injuria. ¿Cómo puede una juez sin formación literaria juzgar un poema? ¿Con base en qué argumentos? Es claro que todo es muy subjetivo y es aberrante que se quiera sancionar penalmente a la literatura. En todo caso, que los escritores juzguen a los escritores».⁴¹⁵

En los procesos de Alemania se advierte también ese tipo de dudas respecto al contenido del *bien tutelado* en el delito de ultrajes a la bandera, por ello, hubiera sido mejor resolverlo desde las causas de justificación, es decir, que la libertad de expresión sea un *el ejercicio legítimo de un derecho*, toda vez que de esta manera es posible ir construyendo una *doctrina de ponderación* y sería más fácil regular este tipo de casos, sin tener que declarar muchas leyes como inconstitucionales, es decir, propongo aprovecha el propio sistema de desarrollado por los Códigos Penales. De esta manera se irían determinado los casos en los que debe prevalecer la libertad de expresión, tal y como se hace en los tipos de injurias relacionados con las personas. Esta doctrina se puede basar en la teoría de los escenarios que desarrollé en el capítulo dos, por medio de la cual, las críticas políticas queden salvaguardadas.

El Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo dice: «Esta inteligencia del término moral empleado en el artículo 6º, constitucional, llevaría a que fueran los jueces quienes se convirtieran en el intérprete del sentir de la comunidad respecto de si un acto de manifestación de ideas se apega a una moral prevaleciente en el seno de la mayoría. Con qué garantías se respaldaría la interpretación de un juez tan humano como el que más, respecto de cuál es el pulso moral de un pueblo, y peor, por qué la moral prevaleciente tendría que aceptarse como correcta». Para él lo moral es lo legal.

⁴¹⁵ «Proceso de sujeción al autor de *La patria entre mierda*», *La Jornada*, Cultura, Domingo 13 de octubre de 2002.

La ministra presidenta, en cambio, esgrimió que el artículo «está orientado a evitar perturbaciones al orden o a la paz pública, como lo dice el artículo constitucional que consagra esta libertad de expresión o a incitar a cometer delitos y a la necesidad de proteger la moral y los derechos de tercero». En otra parte dijo que ofenden a la moral. También sostuvo que cualquier ultraje a la misma afecta la estabilidad y la seguridad de nuestra nación⁴¹⁶.

Como se advierte, no era tarea sencilla conciliar los tres criterios, pero hay una discrepancia en el argumento toral de la sentencia y el debate de la sesión.

s) La sentencia de la Suprema Corte asume la teoría constitucional del bien jurídico.⁴¹⁷ Al parecer sostiene que la bandera como bien cultural es lo mismo que la dignidad de la Nación, tesis que se descarta porque la última es derivada teorías estatistas decimonónicas, en tanto que la primera es una tendencia reciente. Como se había adelantado, toda vez que en el engrose se «agregó» un límite, ya no era necesario vincularlo con los «límites expresos» que contienen los artículos sexto y séptimo constitucionales.

La sentencia esgrime lo siguiente: «Cabe sostener que de la conjunción de los artículos 3º, 73, fracción XXIX-B, y 130, párrafo segundo, inciso e), de la Constitución es posible desprender que ésta protege a los símbolos patrios de usos irreverentes». Al respecto, es conveniente hacer algunas observaciones:

1. Como se dijo *ut supra* este artículo es original del Código Penal Federal publicado en 1931, sin embargo, las bases constitucionales que cita la Suprema Corte no son de esa época, sino posteriores, como se verá a continuación.

⁴¹⁶ Cabe señalar que el delito de injurias a la nación que establece la Ley sobre Delitos de Imprenta es considerado por la propia ley como un ataque al orden o a la paz pública.

⁴¹⁷ En la sentencia se sostiene: “Si este es el bien jurídico protegido –la dignidad de la Nación-, resulta necesario precisar si encuentra fundamento constitucional, pues, si éste existe, tendría que admitirse forzosamente que se tratará de un límite a la libertad de expresión”.

2. El artículo 3º establece que la educación que el Estado imparta, fomentará el amor a la patria. A partir de ahí la sentencia considera «contraintuitivo que no pueda castigarse la acción de tratar irreverentemente a los símbolos patrios». Esta adición al texto constitucional –publicada el 20 de diciembre de 1946- fue resultado de una iniciativa del Presidente Manuel Ávila Camacho, el Secretario de Educación Pública era Jaime Torres Bodet.⁴¹⁸ El dictamen de las Comisiones Unidas decía lo siguiente:

«VIII. La educación es el medio más eficaz para lograr la unificación de los mexicanos y para fortalecer nuestra nacionalidad:... y después porque, orientada para recoger, en armoniosa síntesis todos los altos valores de la mexicanidad, los que se elaboraron a través de la vida, de las luchas y de los sacrificios de nuestro país, incorporados ya a la historia y los que se crearán día a día, por el esfuerzo común de todos los mexicanos, hará surgir en el alma de los niños y de los jóvenes un ideal superior: realizar la grandeza de México, mediante el perfeccionamiento de nuestras instituciones políticas, económicas y sociales; la elevación permanente de la cultura popular y el amor a la Patria, para que todos estemos orgullosos de ser sus hijos».

La resolución de la Suprema Corte no analizó este proceso legislativo constitucional.⁴¹⁹

Ahora bien, el artículo tercero lo podemos establecer en el escenario educativo. Recomendación general no. 5 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos «Primera. Giren sus instrucciones para que las autoridades educativas se abstengan de sancionar a los alumnos que por razón de sus creencias religiosas se nieguen a rendir honores a la bandera y entonar el Himno Nacional en las ceremonias cívicas que se realizan en los centros educativos». Existen casos en los que se ha expulsado a alumnos por permanecer en una postura pasiva pero

⁴¹⁸ En la reunión de los profesores convocada con motivo de la adopción de nuevos planes para las clases de civismo en 14 de febrero de 1946 Jaime Torres Bodet comentó: “Un tipo de ciudadano que quiera a su Patria entrañablemente, sin necesitar engañarse, para quererla, sobre los males y las flaquezas que aún la agobian y que sea digno de comprender esas flaquezas y aquellos males, no para exagerarlos con la ironía o el pesimismo, sino para corregirlos con el trabajo, con el sacrificio, con la virtud”, *Pensamiento educativo de Jaime Torres Bodet*, antología de Valentina Torres Septién, Ediciones el Caballito, México, p.65.

⁴¹⁹ La justiciabilidad de este artículo se podría plantear de otro modo, por ejemplo, sería inconstitucional la derogación de los artículos relacionados con los rituales cívicos.

respetuosa durante las ceremonias cívicas, como en las recomendaciones 34/2002, 6/2005, 18/2004 de Comisión Estatal de Derechos Humanos en Oaxaca. De igual modo, la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Tamaulipas, Recomendación 181/2004 «llegando incluso al grado de condicionarlos en el sentido de que si no firman un documento en el que se comprometen a realizar honores, no se les aceptará su inscripción al plantel» y 47/2002, 130/2001 y 106/2002.

En otra ocasión la Suprema Corte declaró a los «intereses nacionales» como límite al derecho a la información, tesis LX/2000, «Derecho a la información. Su ejercicio se encuentra limitado tanto por los intereses nacionales y de la sociedad, como por los derechos de terceros».

3. Respecto al artículo 130, la sentencia esgrime «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 nacionales». Desde mi perspectiva, la resolución construye la norma «si x, entonces prohibido y» para evitar la interpretación «si y sólo si x, entonces prohibido y». Ahora bien, el texto constitucional no es original, sino que se trata de una reforma reciente, publicada el 28 de enero de 1992. Inicialmente, se había propuesto la prohibición de «rechazar los símbolos patrios», pero el diputado Juan José Bañuelos Guardado propuso que se estableciera «agraviar» en lugar de «rechazar». A todo esto, el congresista estableció una distinción entre los dos conceptos:

«Considero que la defensa de los símbolos patrios debe precisarse con un sentido más amplio, más profundo, por lo tanto, propongo a esta honorable asamblea que en lugar de "rechazar" diga "agraviar", toda vez que por agravio se entiende ofensa, difamación menosprecio, humillación y es por lo tanto, un concepto más amplio y que compete como tal el rechazo».

La diputada Luisa Álvarez Cervantes dijo:

«¿Cuál es nuestro problema? Nuestro problema es que esta realidad, también en el seno de la iglesia, también la élite eclesiástica, no las tenemos reglamentadas, o se tienen en ocasiones prohibidas, pero es una prohibición que no existe más que en los hechos porque en la realidad se da. Esta prohibición a veces ha generado grupos de presión verdaderos en nuestro país, dependiendo de la iglesia católica por supuesto, pero no solamente de la iglesia católica, de otras iglesias, y voy a señalar solamente una, los Testigos de Jehová, los que niegan los símbolos patrios y hay otra serie de iglesias que se manifiestan en contra de los símbolos patrios, en contra de nuestra nacionalidad, y a veces por mantenerlas como fuerzas aletargadas, embozadas y segregadas se convierten en verdaderos grupos de presión y a veces compañeros, por esta actitud, estos verdaderos grupos de presión influyen en cuestiones fundamentales que nosotros, los trabajadores o el pueblo de México no desea que influya la iglesia católica»

El dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Senadores estableció:

«...la Cámara de Diputados consideró pertinente expresar que el deber de comportamiento de los ministros de los cultos no se circunscriba a la abstención de rechazo a los símbolos patrios, sino al deber de no "agraviar, de cualquier forma" dichos símbolos».

En la discusión en la Cámara de Senadores, el senador Arturo Romo Gutiérrez:

«Somos testigos de que los maestros, a quienes usted tanto defiende y tiene razón, se encuentran en un grave dilema. Muchos de los alumnos que han abrazado, con razón o sin ella, nosotros no la vamos a calificar, una religión distinta de la tradicional, han recibido la instrucción de no rendirle culto ni la bandera ni al Himno Nacional.

Luego esto nos lleva a la conclusión de que es necesario llevar a la Ley Reglamentaria, algunas disposiciones que procuren preservar no sólo los valores patrios, sino también un principio medular para nosotros, como es el de la soberanía.

Repito, no voy a entrar a la profundidad de las cosas, pero es bien conocido el hecho también de qué algunos de estos agrupamientos no responden a un propósito auténticamente religioso, sino económico y político y que en muchas ocasiones reciben recursos para agredir las instituciones de un país».

4. La sentencia de la Suprema Corte cita la reforma a la fracción XXIX-B. del artículo 73 de la Constitución Federal sobre la facultad del Congreso para legislar

sobre las características y uso de la Bandera, Escudo e Himno Nacionales⁴²⁰ para fundamentar «el reconocimiento de los símbolos patrios como objeto de tutela constitucional frente a usos irrespetuosos (entre los cuales, sin duda, están los que tiendan a mancillarlos o ajarlos)». Añade: «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».

De lo anterior se advierte, una vez más, la teoría constitucional del bien jurídico que asume la Suprema Corte, es decir, considera que no es suficiente el *ius puniendi* del Poder Legislativo sino que es necesario, además, relacionarlo con «otro» artículo de la norma fundamental para construir un bien constitucional.

La resolución es desconcertante: ¿qué sentido tenía referirse al «amor a la patria» si lo podía resolver con la combinación de las fracciones XXIX-B y XXI del artículo 73? Además, tomando en consideración que en 1931 el artículo 191 del Código Penal Federal no tenía «base constitucional», ¿fue inconstitucional en esa época? ¿Qué reforma lo hizo acorde a la norma fundamental, ¿la de 1946 sobre el amor a la patria? ¿La de 1967 sobre el uso de la bandera? ¿O la reforma de 1992 sobre la separación iglesia estado?

Entiendo que, de acuerdo con la sentencia, la reforma de 1967 dio la base constitucional al delito en cuestión. De todas formas la resolución no aclara si es un desarrollo de la moral, el orden público, o los derechos de tercero.

A propósito, la Suprema Corte pasa por alto otras menciones artículo 31 de la Norma fundamental, a saber «Son obligaciones de los mexicanos: ...II.- Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los

⁴²⁰ Adicionada, D.O.F. 24 de octubre de 1967.

derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y concedores de la disciplina militar. III.- Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior».

t) De todas formas, considero que la Primera Sala podía otorgar un amparo liso y llano –la modalidad sería para el caso una creación pretoriana- toda vez que la conducta estaba protegida por la constitución; asimismo, si tomamos en cuenta que se trata de un asunto de naturaleza penal y dadas las *circunstancias* podía considerarse racionalmente instruido. En efecto, el amparo fue interpuesto en contra del auto de sujeción a proceso -que culmina la preinstrucción en el proceso penal federal- pero en el caso planteado, el litigio se basaba meramente en un problema interpretativo de hechos, de la ley penal y en su caso del concepto constitucional de libertad de expresión. Además, si la justicia debe ser pronta y expedita, la Suprema Corte debe disminuir los procesos penales infructíferos. Más aún, en caso de haberse concedido el amparo, el juez de primera instancia estaba autorizado para reclasificar el delito por el de injurias a la Nación contenido en la Ley sobre delitos de imprenta.⁴²¹ Por último, no está por demás aclarar que el acusado difícilmente iba a ser condenado a prisión porque lo más probable es que se le sustituyera la pena de acuerdo con el artículo 70 del Código Penal Federal.⁴²²

w) El voto minoritario establece algunas suposiciones sobre el posible el bien jurídico tutelado por este delito para contrastarlas con la normatividad

⁴²¹ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el jueves 12 de abril de 1917. El C. Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, con esta fecha se ha servido dirigirme el siguiente decreto: "VENUSTIANO CARRANZA, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de las facultades de que me encuentro investido, y entre tanto el Congreso de la Unión reglamente los artículos 6 y 7 de la Constitución General de la República, he tenido a bien expedir la siguiente..." El ministro SERGIO A. VALLS HERNANDEZ sostuvo en la sesión que el poema no sólo injuriaba a la bandera sino a la patria misma.

⁴²² Artículo 70.- La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes: I.- Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años; II.- Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años, o III.- Por multa, si la prisión no excede de dos años.

constitucional. La primera supone que es el derecho fundamental a la bandera que entiende como un derecho subjetivo a que la bandera sea debidamente venerada que, afirma, no establece la Constitución.

Comparto la interpretación que hace la sentencia «No se prohíbe hablar *en contra* del escudo ni del pabellón nacional, se prohíbe hablar en forma injuriente».

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

Considero que plantea -sin hacerlo expresamente- que la medida no es idónea de acuerdo al criterio de ponderación. De acuerdo con Luis Prieto Sanchís no se trata de imponer en vía jurisdiccional las medidas más idóneas y eficaces para alcanzar el fin propuesto, sino tan sólo de excluir aquellas que puedan acreditarse como gratuitas o claramente ineficaces.⁴²³

El voto minoritario se dice «Es difícil, desde esta perspectiva, considerar al delito tipificado en el artículo 191 del Código Penal Federal sea un instrumento al servicio del mantenimiento del orden público, porque ello significaría tanto como presumir, *ex ante*, que ciertas modalidades de ejercicio del derecho a la libertad de expresión e imprenta, ocasionarán una alteración de la paz pública, presunción que resulta incompatible con una postura comprometida con la plena vigencia de los derechos fundamentales».

⁴²³ *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p.200

En esta parte considero que podría realizarse una interpretación conforme del artículo impugnado para que la afectación al «orden público» sea parte del bien jurídico, por lo que la norma jurídica penal se construía así «al que ultraje a la bandera con la finalidad de alterar la paz pública».

El voto agrega el argumento de la idoneidad de la ponderación «De nuevo, hay que decir que las alteraciones al orden público debidamente acreditadas, podrán legítimamente tratarse en procesos orientados a establecer la comisión de delitos cuyo objeto específico es evitarlas».

v) La sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte dice que en la descripción del tipo «no hay imprecisión tal que lo haga susceptible *en sí mismo* de ser aplicado arbitrariamente».

El voto minoritario dice: «El uso de una expresión vaga —la noción de “ultraje” al pabellón o al escudo nacional—, aunada a la posible imposición de unas penas desproporcionadas, tiene un efecto especialmente negativo sobre el ejercicio de la libertad de expresión. —con independencia de los defectos que puedan achacársele desde la perspectiva que toma en cuenta las exigencias del principio de legalidad en materia penal—. Si los ciudadanos de este país abrigan algún tipo de duda acerca de si su comportamiento puede o no ser incluido por las autoridades bajo la amplia noción de “ultraje” a la bandera nacional, renunciarán a ejercer su derecho a la libre expresión del modo desenvuelto que es propio de una democracia consolidada y se refugiarán en la autocensura».

Ahora bien, de la falta de certeza de un delito se pueden determinar varias consecuencias, en sede de aplicación se podría aplicar un error de prohibición directo y en sede constitucional la declaración de inconstitucionalidad del delito en cuestión. Imagino que algunos lectores estarán pensando utilizar el *argumentum ad absurdum*, para contrarrestar este punto, alguien podría esgrimir que todos los delincuentes van a decir que no entienden la norma penal y que eso sí va a

producir inseguridad jurídica, que además es imposible conocer el contenido de las leyes penales, que nadie los conoce bien y que sin embargo se aplican.

El voto minoritario establece el argumento de la necesidad en la ponderación «Lo que el Estado quizá puede hacer por la vía de la educación, no puede hacerlo mediante su instrumento más virulento y delicado —el derecho penal— cuando ello se dirige, además, no a colectivos que guardan con el Estado una relación de especial sujeción (como los militares o los funcionarios públicos civiles) sino al común de los ciudadanos, y lo que está en juego es preservar algún tipo de significación para los derechos fundamentales constitucionales a expresarse y a publicar escritos de modo libre».

La sentencia estructuró esta parte en una forma cuestionable: «Tampoco puede analizarse en esta instancia el planteamiento de una supuesta desproporcionalidad en la pena prevista en el artículo 191 respecto de la conducta allí proscrita, pues en el caso, el acto concreto de aplicación del mismo lo es la resolución de segunda instancia que confirmó un auto de sujeción a proceso y no una sentencia definitiva, en la que la pena hubiere sido impuesta» Hay una contradicción en el argumento anterior, toda vez que en la primera parte habla del delito *in abstracto* y en la segunda, más bien, a la individualización de la pena.

El voto minoritario menciona el régimen separación entre el Estado y la Iglesia «En esa medida, la mención a los símbolos patrios resulta, en cierta medida, imprescindible: es necesario exceptuar explícitamente a los ministros del culto de la posibilidad de expresar libremente sus opiniones acerca de los símbolos patrios, precisamente porque la regla general constitucional es que ello está implícito en la libertad de expresión de las propias opiniones políticas». Nuevamente construye la norma «si y sólo si x, entonces prohibido-y » cuando podría interpretarla «si x entonces prohibido-y».

En su propuesta esgrime que era necesario exceptuar explícitamente a los ministros del culto de la posibilidad de expresar libremente sus opiniones acerca

de los símbolos patrios, precisamente porque la regla general constitucional es que ello está implícito en la libertad de expresión de las propias opiniones públicas. La idea es sugestiva, se basa en el mito del legislador perfecto, que tiene un plan normativo aunque también podría ser parte del *argumento sistemático a coherencia*. Sin embargo, considero que la propuesta puede tener un argumento a contrario.

La sentencia afirma «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».

Por otro lado, el esquema principal hace una interpretación subincluyente de la norma penal, por un lado, pasa por alto que los ministros culto tienen la prohibición de injuriar los símbolos nacionales, por lo que era posible determinar que el artículo impugnado solo valía para ellos, digamos que serían los sujetos activos del delito.

h) El voto minoritario esgrime el argumento de necesidad de la ponderación «Una previsión que permitiría, en este caso concreto, recluir al autor de un poema en una prisión hasta por cuatro años demuestra que el legislador no ponderó adecuadamente los elementos constitucionales relevantes y, en concreto, la necesidad de equilibrar los límites constitucionales a la libertad de expresión con el ejercicio verdaderamente libre de la misma».

w) En la sentencia argumentación pragmática En otro orden de ideas, la posibilidad de ultrajar —con lo que esto significa— sea a las personas, sea a las instituciones, sea los símbolos patrios, no puede tener un apoyo en la libertad de expresión que establece la Constitución; en un Estado donde el ultraje se estime

como un ejercicio ordinario del derecho a la manifestación de las ideas, sí se afectaría gravemente la convivencia social.

En estos casos considero que los Tribunales deben establecer un mínimo de experiencia para decir que una conducta es peligrosa.

x) En el proyecto –y en el voto- de José Ramón Cossío Díaz se dice que «Toda actuación legislativa que efectúe una limitación a los derechos de libre expresión e imprenta, con la pretensión de concretar los límites constitucionales previstos, debe por tanto respetar escrupulosamente el requisito de que tal concreción sea necesaria, proporcional y acorde con los principios, valores y derechos constitucionales». De lo anterior se advierte que el ministro asume la teoría de los valores constitucionales, aunque con anterioridad había mostrado cierta cautela. En efecto, en su libro *La teoría constitucional de la Suprema Corte* esgrimió lo siguiente:

«¿tienen los ministros conciencia de las modificaciones que introducen a las representaciones, explicaciones, fundamentaciones, e interpretaciones del derecho al argumentar en término de valores? ¿es claro para ellos que, al hacerlo, modifican sustancialmente las formas en que hasta ahora han razonado el derecho en sus sentencias? En segundo lugar, surgen problemas relacionados con la legitimidad del órgano propiciada por los cambios de criterio: ¿qué explicaciones piensan dar para llevar a cabo los cambios en las formas de razonar y emitir los fallos? ¿qué explica el que de un caso al otro haya decidido introducirse una nueva argumentación?; ¿por qué razones esta Corte pueda dar lugar a cambios sustanciales?; ¿qué criterios va a imponerse la Corte para que sus interpretaciones valorativas gocen de algún grado de objetividad y no resulten luego cambiadas sin más por algún otro criterio novedoso? Finalmente, existen también problemas más profundos acerca de los valores: ¿a qué le llaman los ministros “valores”; ¿de dónde se extraen esos valores si es que los mismos son superiores a la Constitución o, al menos, le confieren sentido a los preceptos constitucionales?; ¿qué criterios siguen para considerar que un caso debe ser resuelto mediante valores y dentro de la gama de ellos, seleccionar aquél que sea relevante o aplicable al caso concreto?; ¿cómo piensan llevar a cabo la ponderación entre los diversos valores a efecto de

solucionar el caso concreto?; ¿cómo pueden llegar a conocer los justiciables los valores que los ministros van a tener en cuenta para solucionar su caso?»⁴²⁴

Por otro lado, asume la expresión «necesaria y proporcional», por lo que adopta la proporcionalidad en sentido lato, que contiene cuatro principios, fin constitucionalmente legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

⁴²⁴ COSSIO DÍAZ, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Fontamara, México, 2004, p.173.

CONCLUSIONES

CAPITULO I

1. El desarrollo de los derechos humanos depende de la formación de los abogados.
2. El sistema tradicional de enseñanza no permite la preparación de los profesionistas y de los juristas con espíritu crítico y de justicia social que requieren nuestros países.
3. Uno de los mayores problemas es la falta de amor del abogado hacia su profesión; para la mayoría es sólo una mina de oro o de arena. Casi no hay vocación para la justicia.
4. La enseñanza jurídica adolece de algunos inconvenientes que derivan de los diferentes reduccionismos, a saber, el sociologismo, el formalismo, y el filosofismo.
5. La profesión legal tiene un estigma que parece no tener remedio.
6. Los disidentes o progresistas no deben olvidar que pueden utilizar los recursos jurídicos de un Estado constitucional, más aun cuando los movimientos liberadores no han tenido los resultados esperados, como fue el caso del socialismo. El reformismo es el camino
7. Hay cuatro grandes tendencias del sistema jurídico mexicano: a) Derechos Humanos, b) Neoconstitucionalismo, c) Era de los jueces, d) Internacionalización y protección de minorías y regulación de poderes privados.
8. El Tribunal Pleno resolvió la contradicción de tesis 293/2011, en la que determinó que del artículo 1º constitucional se desprende un conjunto de normas de derechos humanos, de fuente tanto constitucional como convencional, que se

rigen por principios interpretativos, entre los cuales no se distingue la fuente de la que derivan dichos derechos. La mayoría determinó que los derechos humanos de fuente internacional a partir de la reforma al artículo 1° constitucional tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución, es decir, se les reconoce el mismo rango constitucional. De esta manera, se interpretó que la reforma en materia de derechos humanos, amplía el catálogo constitucional de los mismos, pues permite armonizar a través del *principio pro persona*, las normas nacionales y las internacionales garantizando así la protección más amplia a la persona.

9. El 10 de junio de 2011 se reformó la Constitución Federal. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

10. Se aprobó una nueva Ley de Amparo. Ahora en ciertos casos puede considerarse a los particulares como autoridades; se estableció el amparo colectivo; se regula el interés legítimo individual y colectivo, se establece la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

11. El neoconstitucionalismo» puede resumirse en estos cinco epígrafes: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

12. El uso de material comparativo ha fortalecido las decisiones de los tribunales en las democracias emergentes. El derecho comparado puede contribuir a reforzar la legitimación, autoridad e independencia de los órganos de justicia constitucional. Una actitud cerrada a esta práctica podría implicar que los tribunales constitucionales perdieran la oportunidad de encontrar argumentos útiles a su labor. En materia de derechos humanos ha sido fundamental el uso de precedentes extranjeros.

13. Los derechos fundamentales han tenido un «proceso de evolución», no son la expresión, ni el resultado de una elaboración sistemática, de carácter racional y abstracto, sino respuestas normativas histórico-concretas a aquellas experiencias más insoportables de limitación y riesgo para la libertad.

14. Los derechos humanos que se reconocen en los diversos instrumentos internacionales son el resultado de complejas negociaciones en donde los diferentes países procuran «positivar» su ideología.

15. Existe una tipología de los derechos humanos, los derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación.

16. La libertad de expresión tiene en la actualidad una serie de dimensiones que no permiten encasillarlo en una sola generación de derechos.

17. La internacionalización se ha desarrollado principalmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, es decir, se encuentra en el marco del Derecho Internacional Público Contemporáneo.

18. Habrá una cierta devaluación de las protecciones nacionales, más que nada por el carácter transnacional que asumen los fenómenos jurídicos, políticos y económicos y que siembran la duda acerca de la eficacia de los regímenes de protección o exigen nuevas fórmulas de tutela.

19. La protección a los DH se desenvuelve a partir de dos esferas, la universal, en el seno de las Naciones Unidas y la regional, compuesto por el sistema europeo, interamericano y el africano.

20. Los tratados internacionales cobrarán mayor importancia por la nueva Ley de Amparo y por el control de convencionalidad. El Pleno de la Suprema Corte resolvió el asunto Varios 912/2010 en el que estableció lo siguiente:

21. En cuanto al control difuso nuestro Tribunal Constitucional ha que actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. a) El control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; b) El control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

22. El bien jurídico tuvo una función estratégica en las estrategias descriminalizadoras; y en este sentido se utilizó para derogar aquellas conminaciones penales que no tenían como objeto la protección de algún concreto bien jurídico.

23. El Derecho penal de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales.

24. Una versión interesante del bien jurídico es su perspectiva constitucional, es decir, aquella que considera que en la Constitución se hallan valores que deben respetar y proteger el Legislador. Esta teoría se alimenta del fenómeno de la

constitucionalización, que obliga a las autoridades y particulares a ceñirse sin intermediarios- a sus mandatos.

25. El principio de proporcionalidad tiene tres subprincipios a) Subprincipio de idoneidad, b) Subprincipio de necesidad y c) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

26. La Suprema Corte ha señalado que en las sanciones penales. constituyen una intervención en derechos fundamentales que puede enjuiciarse de conformidad con las tres gradas del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

27. El derecho cultural nacional se subdivide en derecho cultural general y derecho cultural de las comunidades nacionales. Esta última se subdividiría en: a) Derecho de las comunidades indígenas; b) Derecho de la promoción de las culturas populares y c) derecho de los símbolos nacionales.

28. La bandera mexicana es un bien cultural del país. Cada bandera expresa valores con un simbolismo propio, inconfundible, y les confiere la representación de la identidad nacional. Lo distintivo de la bandera mexicana es que en su hechura participaron tres tradiciones diferentes: la indígena, la herencia religiosa hispánica y colonial, y la tradición liberal que propuso fundar estados autónomos y soberanos.

29. El nacionalismo se ha estudiado desde diversas perspectivas, algunas de ellas críticas como la realizada por el marxismo. Al respecto, sólo como ejemplo, Gaspar Jorge García Gallo dice las clases dominantes encubren los fundamentos de su dominio mediante fórmulas ideales, religiosas, morales, filosóficas (“Dios, patria, religión, etc.)

30. La selección de penas y medidas de seguridad que realiza el legislador -como titular de la política criminal- tiene especial relevancia si tomamos en cuenta que

México tiene una economía en desarrollo, por lo que debemos buscar la eficiencia de nuestras instituciones y leyes.

31. Imponer sanciones no monetarias es costoso.; es mejor para la sociedad amenazar con imponer sanciones sólo en aquellas ocasiones en que las partes puedan ser disuadidas con éxito de actuar de manera indeseable

32. Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base pura para un reproche de culpabilidad.

33. Desde mi perspectiva la *descripción legal* del artículo 191 del Código Penal Federal contraviene el mandato de determinación en la configuración de los tipos penales, toda vez que no tiene un margen razonable de certeza acerca de la prohibición contenida en la norma penal.

CAPITULO II

34. Es posible que los símbolos nacionales se vean implicados -por medio del arte- en una crítica política o social, -como fue el caso de Heinrich Heine con el poema de «los tejedores silesianos»-, por ello, es interesante reflexionar acerca de la relación entre el arte y la política, aunque sea de forma epidérmica.

35. No es posible valorar el trabajo de los artistas a través de nuestras –limitadas- concepciones porque el arte tiene su particular manera de apreciarse y evaluarse.

36. La censura a los artistas por parte de los políticos, presionados por diversos grupos de presión o tensión o factores reales de poder, no es nueva, ni terminará, el hombre tiene necesidad de ocultar a los demás sus deseos más ocultos, queremos hacer partícipes a los demás de nuestras creencias, aunque no *creamos* mucho en ellas.

37. La tarea del artista, en definitiva, debe realizarse en un marco de libertad.

38. Calos Monsiváis expresa con toda razón que el siglo XXI será la época en que la censura necesitará disfrazarse para volver a reinar. Por lo pronto, yace en ruinas. Antes, se prohibía y nadie volvía a enterarse de la suerte de lo prohibido. Hoy, prohibir es hacerle publicidad a lo prohibido

39. Luigi Ferrajoli afirma que históricamente, primero se afirmó la libertad de conciencia, después la libertad de palabra, después la libertad de imprenta.

40. Michel Rosenfeld nos dice respecto a las cuatro justificaciones filosóficas principales de la libertad de expresión en los Estados Unidos como la justificación basada en la democracia, la justificación basada en el contrato social, la justificación basada en la búsqueda de la verdad y la justificación basada en la autonomía individual.

41. El ser humano se desarrolla en diferentes roles y en cada uno de ellos la libertad de expresión deberá ser ponderada con otros bienes colectivos o particulares. Por ejemplo, en el caso de un militar en activo al estar en servicio tendrá limitada su libertad por la disciplina castrense, pero cuando se encuentre en su hogar o en una asociación dicha libertad tendrá otra esfera de interrelación.

42. Como afirma Arthur Schopenhauer la libertad de prensa es para la máquina del Estado lo que la válvula de seguridad es en la máquina de vapor. Es la voz de

los descontentos: pero si éstos no tienen grandes agravios, aquélla se extingue en seguida.

43. Los partidos desempeñan una función de comunicación y de orientación de los órganos políticos de poder, en su calidad de grupos de opinión pública, y asimismo ejercen una permanente labor de control de su actuación, lo que es una consecuencia necesaria de su función agregativa. Los partidos son, en la terminología propia del liberalismo tradicional, instituciones mediadoras entre la sociedad civil y el Estado, constituyen un enlace entre el sistema político, del que forman parte, y el resto de los sistemas sociales. Merced a su funcionamiento, las autoridades públicas reciben ordenadas las peticiones de los ciudadanos y mediante ellos pueden difundir sus posiciones y políticas entre los mismos. En las palabras de Lord Acton que gusta citar a Neumann, los partidos «sacan el orden del caos de una multitud de votantes».

44. El 13 de Noviembre de 2007 se realizó una importante reforma constitucional, derivado de la campaña negra a un candidato presidencial, la cual tiene los siguientes principios, entre otros. En la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas. Durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial, deberá suspenderse la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental, tanto de los poderes federales y estatales, como de los municipios, órganos de gobierno del Distrito Federal, sus delegaciones y cualquier otro ente público. Las únicas excepciones a lo anterior serán las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia.

45. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado el denominado «sistema dual de protección», según el cual los límites de crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por

el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública.

46. La Constitución del 57 estableció el régimen actual de que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún crimen o delito, o perturbe el orden público. 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 límite que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. Los delitos de imprenta serán juzgados por un jurado que califique el hecho, y por otro que aplique la ley y designe la pena.

47. Las expresiones que están excluidas de protección constitucional son aquellas absolutamente vejatorias, entendiendo como tales las que sean: (i) ofensivas u oprobiosas, según el contexto; e (ii) impertinentes para expresar opiniones o informaciones según tengan o no relación con lo manifestado.

48. Los medios de comunicación tienen una responsabilidad especial para evitar la propagación del discurso discriminatorio.

49. La «malicia efectiva» es el criterio subjetivo de imputación que la Suprema Corte ha adoptado para resolver los casos de responsabilidad civil por ejercicio de la libertad de expresión.

50. La exigencia de que las normas que establecen responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión sean claras y precisas se refiere únicamente a casos donde la responsabilidad examinada es de naturaleza penal.

51. Si se parte de la premisa de que los hechos delictivos repercuten de manera negativa en la sociedad, es innegable que las investigaciones periodísticas encaminadas a su esclarecimiento y difusión están dotadas de un amplio interés público.

52. Si bien es cierto que a juicio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las expresiones homófobas son una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones pueden actualizar discursos del odio, lo cierto es que resulta posible que se presenten escenarios en los cuales determinadas expresiones que en otro contexto podrían conformar un discurso homóforo, válidamente pueden ser empleadas, atendiendo a situaciones como estudios y análisis científicos, u obras literarias o de naturaleza artística, sin que por tal motivo impliquen la actualización de manifestaciones discriminatorias o de discursos del odio, gozando por tanto de protección constitucional.

53. Los principios de la libertad de expresión en el sistema interamericano son: a) La libertad de expresión y su relación con la democracia; b) Las dos dimensiones de la libertad de expresión; c) La libertad de expresión consagrada en la Convención es más amplia en comparación con otros instrumentos; d) Las responsabilidades ulteriores por la expresión deben ser necesarias en una sociedad democrática; e) La violación de la libertad de expresión puede ser consecuencia de cualquiera de los poderes de un Estado; f) La libertad de expresión puede ser violada por medios indirectos cuya determinación surge del contexto; g) Incompatibilidad de la amenaza penal como responsabilidad ulterior por ciertas expresiones.

54. El concepto genérico de «defensa de la Constitución» puede escindirse en dos categorías fundamentales, que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas: la protección de la Constitución y las garantías constitucionales.

CAPITULO III

55. Considero que el delito de ultrajes a la bandera tiene varias fuentes reales: la tradición del escudo militar, los símbolos del poder político, el nacionalismo, la construcción jurídica de la personalidad del estado, el simbolismo en sí mismo y la reacción del estado frente a movimientos internacionalistas como el comunismo o disgregadores como el anarquismo. Finalmente, se consolida durante el fascismo.

56. La dogmática penal no se ocupa de los delitos de expresión, no es un tema prioritario. Hasta cierto punto puede ser benéfico porque los tipos penales de marras se pueden «reinterpretar en clave iusfundamental», es decir, efectuar una hermenéutica conforme a la Constitución con base en los paradigmas actuales. De igual modo, es posible debilitar algunos dogmas penales, a fin de utilizarlos en favor de la teoría democrática de la libertad de expresión. Lo anterior como una especie de «positivismo de combate» o bien de relectura de lo instituido, vinculado con los derechos fundamentales.

57. Este delito tiene antecedentes legislativos en los artículos 123 y 123 del Código Zanardelli y 292 del de Rocco. Vincenzo Manzini nos dice que en Italia el precedente de esta disposición proviene del art. 115 del Código penal de 1889. No existía en el proyecto de 1887, que se limitaba a castigar solamente la afrenta a emblemas de Estado extranjeros y fue acogida en el Código por iniciativa de los Junta del Senado, a ejemplo de algunas leyes extranjeras.

58. En aquella época el Estado italiano vivía una situación de defensa ante el comunismo y el anarquismo.

59. Una de las críticas comunes al tipo penal de ultrajes a la bandera se refiere a su ubicación en el Código Penal Federal –legislación del Maximato-, en el sentido de que no se trata de un delito contra la autoridad sino contra la dignidad de la Nación.

60. La expresión de una palabra injuriosa no implica forzosamente la tipicidad de la conducta, toda vez que es necesario la existencia del dolo, aunque pueda resultar difícil probarlo. Desde mi perspectiva, el animus injuriandi de este delito no sólo debe envolver el deseo de injuriar a la bandera, sino que debe implicar ultraje a la mexicanidad, esto es, que de las palabras se entienda un lenguaje discriminatorio o de odio.

61. Otra perspectiva es considerar a la libertad de expresión como causa de justificación, es decir, el ejercicio de un derecho.

62. Dada la naturaleza de este delito es posible plantear un error de prohibición directo, toda vez que la estructura confusa de la ley penal dificulta del proceso de internalización el mandato normativo.

63. En muchos países, este delito es castigado apenas con multa o algunos meses en prisión como en Francia, Colombia o Panamá. Existen algunos otros en donde la pena es mayor que en México como en Nicaragua.

64. Es un delito general, federal, de oficio, pena alternativa, de tipo fundamental y autónomo, de acción y omisión, formal, de lesión, instantáneo, unisubsistente, unisubjetivo.

65. En el viejo continente, el Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha tenido oportunidad de analizar asuntos similares al caso planteado. Se trata de las resoluciones conocidas como «Bandera Federal» –Bundesflagge,- «Himno Nacional» y «Alemania debe morir», las dos primeras fueron resueltas el 7 de marzo de 1990 en tanto que la última, el 3 de noviembre de 2000. Las tres resoluciones que se combatieron fueron anuladas por el Alto Tribunal porque se violaba la garantía de libertad artística, la cual está contenida en el artículo 5º de la Constitución de Alemania. Cabe señalar que los tres asuntos se derivaron de recursos de queja constitucional, al respecto Jutta Limbach comenta que a través del recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde), cualquier persona puede

pedir protección ante el Tribunal Constitucional Federal cuando considere que ha sido lesionada en sus derechos fundamentales por actos del poder público.

66. La injuria a un símbolo nacional puede originar reacciones de indignación – como en el caso de la Convención de Aguascalientes; puede ser el pretexto para una intervención militar –como la invasión de 1914-; puede servir para deslegitimar a un grupo- como en el 68 con el «agravio a la bandera», o bien, precipitar movimientos sociales –como las Jornadas de Octubre en Francia. A continuación los cuatro ejemplos.

67. Es poco probable que exista consenso en cuanto a cuáles de los ejemplos citados constituye un delio de ultrajes a la bandera. Además de la interpretación del hecho, se advierten problemas como el concepto mismo de injuria, los elementos subjetivos del tipo –animus injuriandi-, y, finalmente, la construcción del bien jurídico.

CAPITULO IV

68. El asunto tuvo una vida sinuosa dentro del Alto Tribunal. Las observaciones de la Secretaría de Acuerdos describen lo siguiente: el 27 de enero de 2004 turno de Sala, pasó de Pleno a Sala, Acuerdo Plenario 7/2003; el 18 de marzo de 2005 (reingreso) pasó de Pleno a Sala; el 13 de abril de 2005 retirado para remitirse al Pleno a petición del Ministro José Ramón Cossío Díaz; el 26 de agosto de 2005 pasó del Pleno a Sala; el 5 de octubre de 2005 fue resuelto por mayoría de 3 votos en contra de los Ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza.

69. Como era de esperarse, los periodistas no tomaron con agrado el asunto. En El Universal se comentó lo siguiente: «En un caso inédito para la literatura mexicana, el Estado, a través de la Dirección de Coordinación Interinstitucional y Fomento Cívico de la Secretaría de Gobernación (Segob), acusa a un escritor de incurrir en presunto delito de ultraje a los símbolos patrios al publicar éste en una

revista local un poema en el que insinúa que la Bandera le sirve de papel higiénico.

70. La Suprema Corte debe revisar la forma en que construye los criterios relacionados a los derechos fundamentales porque no puede ser posible que una mayoría sólo esté de acuerdo en el sentido de la resolución pero discrepe en la motivación, especialmente cuando se trata de asuntos en los que niega la protección de un derecho, aunque se realicen votos concurrentes. En el caso planteado, la mayoría debía estar de acuerdo con el límite constitucional que en el que se fundamentaba el artículo 191 del Código Penal Federal, y si no lograban ese mínimo común denominador, había que conceder el amparo.

71. Nuestro sistema jurídico se encuentra en un proceso de judicialización de las lesiones a los derechos fundamentales, esto es, los órganos del poder judicial ejercerán su competencia sobre la resolución de los litigios iusfundamentales. Bajo este tenor, conforta que se discuta una resolución de la Suprema Corte, en lugar – inter alia- de alguna medida arbitraria de la Administración Pública.

72. Por otro lado, la sesión en la que se resolvió el asunto en la Primera Sala de la Suprema Corte, no contó con problemario. Para comprender la trascendencia del hecho, es necesario señalar que cuando el ministro presenta un proyecto de sentencia, adjunta una síntesis de la misma, las tesis propuestas y en ocasiones un problemario que permite guiar el debate en la sesión, especialmente para la racionalidad de las resoluciones. En este caso hubo una inconveniente en el debate, especialmente por la propuesta de inaplicación que hacía el ministro José Ramón Cossío Díaz. Más aún, es necesario precisar que durante la sesión de la Primera Sala había lapsos que no se podía determinar con claridad, si se discutía la constitucionalidad del poema, la constitucionalidad del delito.

73. En cuanto a la tipicidad, toda vez que la estructura del bien jurídico tiene sus complicaciones, es posible que el sujeto activo pueda plantear un error de tipo – error sobre la lesión del bien jurídico-, si alega que no sabía que su conducta lo

menoscababa. Si injuriara una bandera histórica habría atipicidad por ausencia del elemento normativo.

74. En el ámbito de la antijuridicidad, pudo señalarse que si la injuria a la bandera envuelve una crítica política –como el caso de disputar con acritud su valor simbólico- quedaría amparada por una causa de justificación, concretamente, el ejercicio de un derecho, el de libertad de imprenta. Este punto es relevante porque quedarían resguardadas, incluso las palabras formalmente injuriosas.

75. En cuanto a la culpabilidad, en este tipo de asuntos podría plantearse un error de prohibición directo, sobre la interpretación del delito o un error sobre el lugar, es decir, si puede ser en público en privado; también puede existir error sobre si la crítica social cae o no bajo la norma penal.

76. En el proyecto –y en el voto minoritario-, el ministro José Ramón Cossío Díaz asume que el autor del delito es siempre un ciudadano –en pleno uso de facultades-, el cual en ejercicio de su autonomía y su derecho a disentir, disputa el valor de los símbolos nacionales. Ahora bien, independientemente de que existe una diferencia entre injuriar y disputar el valor de un objeto, no todos los posibles autores del delito son ciudadanos, como en el caso de un extranjero

77. Se puede interpretar el artículo de tal modo que sólo los extranjeros y ministros de culto sean los sujetos activos del delito. Considero que la Suprema Corte tuvo dificultades para construir el régimen constitucional de libertad de expresión que –desde mi perspectiva- tiene dos, sistemas, el general y los especiales.

78. No sería inconstitucional una sanción administrativa a un ciudadano que ultraje la bandera en un contexto de odio.

79. Este asunto nos ejemplifica la importancia de abrir el abanico de soluciones, a saber, la justicia constitucional posee un amplio margen de maniobra, no tiene que

sujetarse a la dicotomía inconstitucionalidad o constitucionalidad *in toto*. En este caso era posible plantear la inconstitucionalidad de la pena de prisión, y dejar abierta la posibilidad de una multa, invocando el principio de mínima intervención del derecho penal.

80. Los límites a la libertad de expresión se encuentran expresamente señalados en la Constitución, por lo que el bien jurídico tutelado por algún delito de expresión debe ser el desarrollo de alguno de esos límites. Esto es, el bien jurídico debe ser –o una especie- el orden o la paz pública, la moral o los derechos de tercero.

81. La sentencia de la Suprema Corte asume la teoría constitucional del bien jurídico. Al parecer sostiene que la bandera como bien cultural es lo mismo que la dignidad de la Nación, tesis que se descarta porque la última es derivada teorías estatistas decimonónicas, en tanto que la primera es una tendencia reciente. Toda vez que en el engrose se *agregó* un límite, ya no era necesario vincularlo con los «límites expresos» que contienen los artículos sexto y séptimo constitucionales.

82. La Suprema Corte asume la teoría constitucional del bien jurídico que asume, es decir, considera que no es suficiente el *ius puniendi* del Poder Legislativo sino que es necesario, además, relacionarlo con «otro» artículo de la norma fundamental para construir un bien constitucional.

BIBLIOGRAFIA

- ACEVEDO BLANCO Ramón, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1983.
- AGUIRRE, Pedro (coord) *COLOMBIA, Sistemas políticos y electorales contemporáneos*, Núm 16, 2ª ed, Instituto Federal Electoral, 2000.
- ALEMÁN VALDÉS, Miguel, *Remembranzas y testimonios*, Editorial Grijalbo, México, 1987.
- ALTAVA LAVALL, Manuel Guillermo, *Lecciones de Derecho Comparado*, Castelló de la Plana, Universitat Jaume, 2003.
- ALTAMIRANO, Ignacio M. *El Zarco. La Navidad en las montañas*. Introducción, María del Carmen Millan, México, Porrúa, 1989.
- AQUINO, Tomás de, *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Gobierno de los príncipes.*, México, traducción y estudio introductoria por Carlos Ignacio González, Porrúa, 1990.
- ARREDONDO RAMÍREZ, Martha Luz, *Mexicanidad versus identidad nacional*, Plaza y Valdés, México, 2005.
- ARREOLA, Juan José, *Bestiario*, Planeta/Joaquín Mortiz, México, 2002.
- ARRIOJA VIZCAÍNO, Adolfo, *Derecho Fiscal*, Colección Textos Universitarios, 19ª ed., México, Editorial Themis, 2005.
- ARUNDEL, Honor, *La libertad en el arte*, tr. Ángel González Vega, México, Grijalbo, 1967.
- AURRECOECHEA Juan Manuel y BARTRA, *Puros Cuentos. La historia de la historieta en México, 1874-1934*, México, Grijalbo, 1993.
- ÁVILA ORTIZ, Raúl, *El derecho cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2000.
- BARBACHANO, Carlos, *Buñuel*, Salvat Editores, Barcelona, 1986.
- BARREDA, Gabino, *La educación positivista en México*, Porrúa, México, 1998.
- BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad del Externado Colombia, Bogotá, 2003.
- BRITO MELGAREJO, Rodrigo, *El Diálogo entre los Tribunales Constitucionales*, Porrúa, México, 2011.

BROWN, Wendy, et al, *La crítica de los derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2003.

BUOMPADRE, Jorge E. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II, 2000.

BUSTOS RAMIREZ, Juan N. y Hernán HORMAZÁBAL MARAÉE *Nuevo sistema de derecho penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.

CALDERON CEREZO A. Y CHOCLÁN MONTALVO J.A. *Derecho Penal, Tomo II Parte Especial*, Barcelona, Ed. Bosch, 1999.

CANTON J, Octavio, CORCUERA, Santiago, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Porrúa, México, 2004.

CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida*, 3ª ed, Trotta, Madrid, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, tr. Héctor Fix Fierro, México, Ed. Porrúa, 1993.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal, Parte especial*, Vol. III, 3ª ed., 1988, Bogotá.

CARRASCO PUENTE, Rafael, *La Caricatura en México*, México, Imprenta Universitaria, 1953.

CARBONELL, Miguel (compilador) *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Porrúa, México, 2004.

CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México, 1998.

CESAR, Julio, *Comentarios de la guerra de las Galias. Guerra civil*, Prólogo Xavier Tavera Ed. Porrúa, México, 1976.

CHALBAUD Z., Reinaldo, "El sistema político de los Estados Unidos", *Estudios en honor del Doctor Luis Recaséns Siches*, T.II, México, UNAM, 1987, p.168; James Bryce dijo que «pocas instituciones norteamericanas son más dignas de estudio y admiración; no hay parte alguna del sistema norteamericano que haga más honor a sus autores».

CICERON, *Tratado de la República. Tratado de las leyes. Catilnarias*, Porrúa, México, 1975.

CICERON y SENECA, *Tratados Morales*, México, Cumbre, 1978.

COOTER Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

COSÍO VILLEGAS Daniel, *La sucesión presidencial*, Joaquín Mortiz, México, 1975.

-*Labor periodística*, México.

CUYÁS ARMENGOL, Arturo, *Hace falta un muchacho*, 8ª ed, Ed. Porrúa, México 1987.

DE RÓTTERDAM, Erasmo, *Elogio de la Locura*, Editores Mexicanos Unidos, México 1999.

DÍAZ MÜLLER, Luis T., *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2006.

DONNA, Edgardo A. *Derecho Penal*, Parte Especial, Tmo II-C, Rabinzal-Calzoni Editoriales, Santa Fe.

DUQUE DE RIVAS, *Don Álvaro o la fuerza del sino. Romances históricos*, Porrúa, México, 1973.

Esquilo, *Persas*, tr. Ángel María Garibay, Porrúa, México 1992.

FENELÓN, *Aventuras de Telémaco*, Porrúa, México, 1998.

FERNANDEZ CRUZ, José Ángel, "La Naturaleza y Contenido del Mandato de Lex Certa en la Doctrina del Tribunal Constitucional Español". *Revista de Derecho*, Vol. IX, diciembre 1998.

DUGGAN, Christopher, *Historia de Italia*, Cambridge University Press, tr. Adrián Fuentes Luque, 1996, Cambridge.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7ª. Ed., Trotta, Madrid, 2005.

-*Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004.

FISS, Owen, "¿La muerte del derecho?", *Doxa*, N° 10 – 1991.

FISS, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa Editorial, Barcelona 1999.

FIX ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho de amparo*, Porrúa, México, 2011.

FIX ZAMUDIO, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica"; *Antología de Estudios sobre la Enseñanza del Derecho*, Jorge Witker (comp.), 2ª ed., UNAM, México, 1995.

FLORES MAGÓN, Ricardo, *La revolución mexicana*, selección y nota preliminar Adolfo Sánchez Rebolledo, Grijalbo, 1970, México.

FLORESCANO, Enrique, *La bandera mexicana*, Fondo de Cultura Económica, 2004.

FONTAN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, 13 ed, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.

FUENTES, Carlos *La silla del águila*, México, Punto de lectura, 2002.

GARCÍA CANTÚ, Gastón, *El pensamiento de la reacción mexicana. Historia documental Tomo segundo (1860-1926)*, México, UNAM, 1987.

GARCIA GALLO Gaspar Jorge, *La concepción marxista sobre la educación y la educación*, Grijalbo, México, 1977.

GARCIA-JUNCO, David, “Análisis Económico del derecho y Política Pública”, *Justicia con Eficiencia. Memoria del Primer Congreso Anual de la Asociación Mexicana de Derecho y Economía*, México, Asociación Mexicana de Derecho y Economía, 1997.

GARCÍA TERRÉS, Jaime, *El teatro de los acontecimientos*, Era, México, 1988.

GARIBAY, Ángel María, *En torno al español hablado en México*, UNAM; México, 1997.

GARGARELLA, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Nº 6, abril 1997.

GASPAR MOSQUEDA, Sergio, *Jimi Hendrix*, México, EMU, 2006.

GOMES, Luis Flávio, “El Principio de Legalidad y sus Garantías Mínimas: Una contribución al estudio de la Garantía de la “Lex Populi””, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001.

GONZÁLEZ DE LA GARZA, Mauricio, *Mauricio dice sin censura*, 3ª ed., México, Edamex, 1985.

GONZALEZ DE LA VEGA, René, *Tratado sobre la Ley Penal Mexicana Tomo II*, Ed. Porrúa, 2003, México.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “El juicio por jurado en las constituciones de México” *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional* Número 2 Enero-Junio, 2000.

HASSEMER, Winfried “Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania”, *Doxa*, 8, 1990.

-*Crítica al Derecho Penal*, 2ª ed., tr. Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, AD-HOC, 1998.

HEINE, Enrique, Alemania, México, UNAM, 1972.

HESSE, Hermann, *Y si la guerra continúa*, EMU, México, 2001.

HITLER, Adolf, *Mi lucha*. EPNSAL, México, 2000.

HUERTA RIOS, César, *Organización socio-política de una minoría nacional. Los triquis de Oaxaca*, Instituto Nacional Indigenista, México.

IBARGÜENGOITIA Jorge, *Estas ruinas que ves*, Planeta, México, 2005.

JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo IV, 7ª ed, Porrúa, México, 2000.

KRAUZE, Enrique, *Tiempo contado*, Océano, México, 1996.

LOAEZA, Guadalupe, *El ABC de las y los mexicanos*, Grijalbo, México, 2007.

LOMBARDO TOLEDANO, Vicente, *Sobre el Ejército Mexicano y la Bandera Nacional*, selección de textos Marcela Lombardo Otero, México, 1997, Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales “Vicente Lombardo Toledano”.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Delitos en Particular, Tomo V*, Porrúa, México, 2005.

LÓPEZ BASSOLS, *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Porrúa, México.

LUIS MORA, José María, *Dialéctica Liberal*, prólogo Guillermo Pérez Velasco, México, CENPRI, 1984.

MADERO, Francisco I., *La sucesión presidencial en 1910*, México, colección ideas, 1985.

MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. III De los Delitos en Particular, reimpresión de la 2ª ed., Bogotá, Temis, 1989.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, Segunda Parte De los Delitos en especial Volumen II, tr. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar, Soc. Anon. Editores, 1957.

MARANINI, Giuseppe, *Historia del Poder en Italia 1848-1967*, UNAM, México, 1985.

MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, tr. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., Buenos Aires, B de F Ltda.

Mirabeau. Discursos en la Asamblea Nacional, Introducción David Torres Mejía, tr. Ariella Aureli y María Gloria Torres M., México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1989.

MONSIVAIS, Carlos, *A ustedes les consta. Antología de la crónica en México*, México, Era, 2003.

MONTENEGRO, Walter, *Introducción a las doctrinas político-económicas*, 4ª ed, 1965, 1956, FCE, México.

MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Pamplona, Aranzandi, 1999.

MORESO, Juan; "Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad) ", *Doxa*, núm. 24 (2001).

MORO, Tomás, *Utopía*, Porrúa, México, 2004.

NOVO, Salvador, *Las loca, el sexo y los burdeles*, México, Diana, 1979.

ORAÁ, Jaime, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1997.

OROZCO, José Clemente, *Autobiografía*, Joaquín Motriz, México, 2002.

PAVON VASCONVELOS, Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto, *Derecho Penal Mexicano. Parte Especial*, Volumen II, 2ª ed, Ed. Porrúa, México.

PAZ, Octavio, *Laberinto de la soledad*. Postdata. *Vuelta a El laberinto de la soledad*, FCE, México, 2005.

PECES BARBA, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, 2004, Madrid.

PERALTA, Braulio, *El poeta en su tierra. Diálogos con Octavio Paz*, Grijalbo, México, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)", *Doxa* 4, 1987.

Poema del Mio Cid, 18ª ed, Tr, Amancio Bolaño e Isla, Ed. Porrúa, México, 1988.

PONIATOWSKA, Elena, *La Noche de Tlatelolco*, 2ª ed, 7ª reimpresión, Ediciones Era, México, 2004.

PRIETO Guillermo, *Memorias de mis tiempos*, Editores Mexicanos Unidos, México, 2002.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

PRING-MILL, Robert Por ejemplo, Eleanor Wright escribió un libro denominado *The Poetry of Protest under Franco*, relativo a los poemas de protesta durante la dictadura de Franco.

RAMIREZ Ignacio, *México en pos de la libertad*, CENPRI, México, 1986.

RAMOS, Samuel, *El perfil del hombre y la cultura en México*, México, Planeta, 2005.

REED, John, *México insurgente. Diez días que estremecieron al mundo*, México, Porrúa, 1982.

REYES, Alfonso, *Textos una antología general*, Sep, México, 1982.

RODRÍGUEZ LOZANO, Manuel, *Pensamiento y Pintura*, Imprenta Universitaria, 1960.

ROOSEVELT, Eleonor, *Autobiografía*, tr. Analola N. de Icaza, Novaro-México, México, 1964.

RUIZ, Eduardo, *Derecho Constitucional*, UNAM; México, 1978.

RUVALCABA Eusebio, *Un hilito de sangre*, Planeta, México, 2007.

RUSSELL, Bertrand, *Autoridad e individuo*, México, FCE, 1973.

SHAVELL, Steven “El derecho penal y el uso óptimo de sanciones no monetarias como medida de disuasión” en *Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

SCHOPENHAUER, Arthur, *La sabiduría de la vida. En torno a la filosofía. El amor, las mujeres, la muerte y otros temas*, Porrúa, México, 2004.

SILVA FRANCO, Alberto “O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização” Ana Messuti, Julio Andrés Sampedro Arrubla (compiladores) *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001.

SILVA HERZOG, Jesús, Breve historia de la revolución mexicana. La etapa constitucionalista y la lucha de facciones, México, FCE, 1993.

SOUTO, Claudio, “La ficción de la autosuficiencia en los saberes jurídicos fundamentales”, *Doxa*, 3, 1986.

SUETONIO, *Vidas de los Doce Césares*, estudio preliminar y traducción revisada por José Luis Romero, México, Cumbre, 1978.

TAMARIT SUMALIA, José María, “Delitos contra la Constitución” en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi Editorial, 1999.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. “La resistencia constitucional y los valores”. *Doxa*. N. 15-16, 1994.

SCHILLER, Federico, *María Estuardo, La Doncella de Orleáns, Guillermo Tell*, Ed. Porrúa, México, 1983.

SOUZA, María de Lourdes, *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Editorial Unibiblos, Bogotá, 2001.

SWIFT, Jonathan, *Viajes de Gulliver*, Porrúa, México, 1974, p.178.

VICTOR HUGO, *Noventa y tres*, México, Porrúa, 2002.

VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2003.

ZAID, Gabriel, *Como leer en bicicleta*, Océano, México, 1996.

ZARCO, Francisco, *Escritos Literarios*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990.

ZWEIGERT, Honrad y KÖTZ Hein, *Introducción al derecho comparado*, Colección de Estudios Jurídicos, tr. Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford University Press, 2002.