

EL CASO WITZ RODRÍGUEZ A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LÍMITES

• • • • •
Julieta Morales Sánchez

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM);
Maestra em Derecho con Mención Honorífica por la misma Institución;
Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha;
Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas;
Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El respeto irrestricto de los derechos humanos¹ constituye uno de los elementos fundamentales de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho. Sin embargo, y a pesar de todos los esfuerzos nacionales e internacionales, no se han logrado prevenir, sancionar ni erradicar las violaciones a los mismos.

Los Estados son los primeros responsables de la protección, defensa y garantía de los derechos humanos, por lo que juegan un papel fundamental. Sin embargo, la historia muestra que, en múltiples ocasiones, son los Estados los que por acción u omisión violentan los derechos.

En este contexto, los Poderes Judiciales tienen gran importancia ya que a través de sus resoluciones se pueden reparar y sancionar violaciones a los derechos humanos, evitando que los casos lleguen a instancias internacionales.

El presente estudio se centra en el derecho a la libertad de expresión, el cual es fundamental en una sociedad democrática. Sergio Hernán Witz Rodríguez publicó un poema² que, según la Secretaría de Gobernación, ultrajaba a la bandera nacional y fue denunciado por la presunta comisión del delito “ultrajes a las insignias nacionales”;³ se le dictó auto de sujeción a proceso, contra el que promovió un amparo indirecto ante un Tribunal Unitario de Circuito que negó y sobreseyó. Contra este fallo Witz Rodríguez promovió revisión y el Tribunal Colegiado que previno reservó jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), exclusivamente para conocer de los planteamientos de inconstitucionalidad contra el artí-

culo 191 del Código Penal Federal. La Primera Sala de la SCJN resolvió en definitiva, negando el amparo al quejoso (Amparo en Revisión 2676/2003, del 5 de octubre de 2005) y determinó que el artículo 191 era constitucional, además de que constituía un límite de la libertad de expresión.

El presente trabajo consta de dos partes perfectamente definidas. En la primera de ellas se analizará la resolución de la Primera Sala de la SCJN en el Amparo en Revisión 2676/2003 a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se hará, con base en éste, un ejercicio propio de ponderación constitucional que ofrezca otra perspectiva sobre la resolución de este caso.⁴ En la segunda parte se hará una somera reflexión sobre la interpretación de normas que contienen derechos humanos, ya que éstas no pueden ni deben interpretarse de la misma forma que el resto de la normatividad.

II. CASO WITZ RODRÍGUEZ: SENTENCIA, PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL Y ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el presente apartado, se retomarán algunos párrafos que se estiman relevantes dentro de la sentencia de la Primera Sala de la SCJN y se analizarán a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,⁵ en un ejercicio propio de ponderación.

La Primera Sala de la SCJN sostuvo que si la dignidad de la nación “es el bien jurídico prote-

gido... resulta necesario precisar si encuentra fundamento constitucional, pues si éste existe, tendrá que admitirse forzosamente que se tratará de un límite a la libertad de expresión. En efecto: ante dos normas de igual rango, pertenecientes ambas a la Constitución, debe entenderse que si una concede cierto derecho y la otra lo limita, ésta constituye un caso de excepción del primero;⁶ sin embargo, en ninguna parte se argumenta por qué la “dignidad de la nación” constituiría un límite para la libertad de expresión por el único hecho de encontrarse en la Constitución. En efecto, la Primera Sala de la SCJN no fundamenta el por qué la “dignidad de la Nación”, que no se encuentra prevista expresamente entre las limitantes de los artículos 6º y 7º constitucionales,⁷ constituye un límite a la libertad de expresión. Aunado a lo anterior, el artículo 1º es muy claro en cuanto a que no podrán restringirse los derechos (llamados incorrectamente por la Constitución como “garantías individuales”) que prevé la Constitución sino en los casos que ella misma establece (y que, como ya se mencionó, están considerados expresamente en los artículos 6 y 7). Así, el razonamiento de la SCJN contraviene el artículo 1º constitucional.

También sostuvo que de la conjunción de los artículos 3,⁸ 73 (fracción XXIX-B)⁹ y 130 (párrafo segundo, inciso e)¹⁰ de la Constitución, es posible desprender que ésta protege a los símbolos patrios de usos “irreverentes.”

Al resolver que la “dignidad de la nación” es un bien jurídico tutelado por la Constitución y que por ese hecho es un límite a la libertad de expresión, la mayoría de la Primera Sala interpretó de manera imprecisa el texto constitucional, pues de los artículos mencionados (3, 73 y 130) no es posible desprender que la libertad de expresión tiene en la “dignidad de la nación” un límite constitucional. La Primera Sala de la SCJN omitió realizar una interpretación sistemática de nuestra Norma Fundamental. Lamentablemente interpretó sólo 3 artículos (3, 73 y 130) y a través de su correlación obtuvo una interpretación *ad hoc* y no integral del texto constitucional (por ejemplo, omitió el ya referido artículo 1º).

Siguiendo con el razonamiento de la Primera Sala, en lo que concierne al artículo 3º “precisa que una de las funciones de la educación es la de fomentar el amor a la patria. Resulta contraituitivo que no pueda castigarse la acción de tratar irreverentemente a los símbolos patrios y, sin embargo, que deba fomentarse el amor a la patria, si es que aquéllos son los símbolos que representan ésta.”

Pero los ministros de la mayoría no apreciaron que el “respeto a los símbolos patrios” y el “amor a la patria” no son sinónimos, ni conceptos que forzosamente tengan que estar vinculados, es decir, una persona puede amar profundamente a su patria y no respetar, valorar, ni homenajear (de la misma forma que la mayoría) a los símbolos. Olvidaron que el Estado mexicano actual es plural, multicultural y democrático y que en este tipo de Estados no se pueden restringir los derechos humanos discrecionalmente, sin justificación, ni por valoraciones personales.

Una muestra del carácter heterogéneo de la sociedad mexicana se encuentra en el caso de los niños Testigos de Jehová que se niegan a rendir honores a la bandera y por esta causa son sancionados por las autoridades educativas. Para proteger sus derechos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha tenido que emitir diversas recomendaciones.¹¹

La argumentación¹² de la SCJN en lo que se refiere a la fracción XXIX-B del artículo 73 es cuestionable, ya que se basa en el análisis del proceso legislativo por el que se incorporó esta fracción. Dicho proceso, básicamente, se centra en el combate a la anarquía en la representación del escudo, el uso del himno y la bandera, y no en la limitación de la libertad de expresión.

El razonamiento de la Primera Sala de la SCJN respecto al artículo 130 no es más afortunado. La única referencia explícita que hace la Constitución respecto a los símbolos patrios se encuentra en el artículo 130, párrafo segundo, inciso e), y en ella se prohíbe a los ministros de culto agraviar, de cualquier forma, a los símbolos patrios. Pero la consideración de esta prohibición en el texto constitucional no es razón suficiente para hacerla extensiva a todas las personas. En un ejercicio inductivo se hizo la proyección de la prohibición porque “ni el artículo 130 ni ningún otro artículo constitucional prohíben de forma expresa castigar las conductas ultrajantes hacia los símbolos”, es decir, la SCJN infirió que donde no hay prohibición expresa para la autoridad (en este caso legislativa) se puede concluir que dicha autoridad tiene competencia para ello. Razonamientos como estos violentan el principio de legalidad.¹³

La mayoría de la Primera Sala también reconoció que en otros sistemas jurídicos los tribunales constitucionales han declarado que disposiciones como el artículo 191 del Código Penal Federal constituyen límites indebidos a la libertad de expresión, pero afirman que “ello ha sido porque en

sus Constituciones no se encuentra, como en la nuestra, un *mandato expreso* sobre la necesidad de salvaguardar semejantes emblemas de acciones ultrajantes, que ameritan ser castigadas”; el problema es que nunca se justifica en qué parte de la Constitución mexicana se encuentra ese “mandato expreso.”

Después de su análisis constitucional, la mayoría de la Primera Sala de la SCJN pasó a la reflexión del “sistema normativo secundario” e hizo referencia tanto al Código Penal como a la Ley sobre la Bandera, el Escudo y el Himno, los cuales son normatividades federales. Pero en México, al hacer un análisis constitucional, se debe de acudir en primera instancia a los instrumentos internacionales ratificados antes que a las leyes federales, ya que según tesis¹⁴ de la propia SCJN (desde 1999) los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente por debajo de la Constitución, pero por encima de la legislación federal.

La Primera Sala no consideró que entre los tratados internacionales suscritos¹⁵ por México, y las limitaciones a la libertad de expresión previstas en ellos se encuentran: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primer instrumento establece como limitantes del derecho a la libertad de expresión, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público y la salud o moral públicas (artículo 19); mientras que el segundo instrumento reitera estas mismas limitaciones pero también indica que “este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y *difundir* informaciones e ideas de toda índole...” (artículo 13). Así, de los instrumentos internacionales suscritos por México tampoco puede desprenderse que el respeto a los símbolos patrios sea un límite para la libertad de expresión.

Sin lugar a dudas, el poeta Sergio Hernán Witz Rodríguez *no dañó derechos de terceros*, ni atacó la moral, no provocó delito alguno, ni perturbó el orden¹⁶ o paz públicos. Desde la publicación del poema en abril de 2001 hasta la emisión de la sentencia en octubre de 2005, no se produjo ningún delito, acto de violencia ni se puso en peligro el orden ni paz públicos.

Siguiendo con el ejercicio personal de ponderación y para coadyuvar a esta interpretación integral de la Constitución, que permita determinar si el artículo 191 es o no constitucional, se estima necesario recurrir a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en materia de libertad de expresión. En virtud del

artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la CorteIDH es el intérprete de este instrumento y la interpretación que ésta realiza es parte integrante de la Convención Americana.¹⁷ Por tanto, y por efecto del artículo 133 constitucional, el Estado mexicano debe de seguir las directrices establecidas por la CorteIDH para no exponerse a una sentencia condenatoria de su parte y evitar cualquier tipo de responsabilidad internacional.

En lo que se refiere a la temática de este estudio, la CorteIDH ha establecido que “...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... En efecto, ésta (la libertad de expresión) 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...”¹⁸

La CorteIDH enfatiza que la libertad de expresión es una piedra angular para la existencia de una sociedad democrática;¹⁹ además, ha diseñado una fórmula cuidadosa para determinar la admisibilidad de las restricciones a la libertad de expresión:

la necesidad y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a *satisfacer un interés público imperativo*. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe acogerse aquella 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 y 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 dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser *proporcional* al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.²⁰

Aunado a lo anterior, en caso de conflicto entre dos derechos o bienes jurídicamente protegidos, la Corte ha señalado que “la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la pon-

deración que se haga a través de un juicio de proporcionalidad”;²¹ y que “para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.”²² En este caso la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión o hacia “la dignidad de la nación.”

En aras de este análisis integral y sistemático del ordenamiento constitucional mexicano, es relevante señalar las directrices bajo las cuales debe realizarse la interpretación de los derechos fundamentales en la actualidad.

La interpretación de estos instrumentos debe de seguir el principio *pro homine*.²³ En este sentido se han pronunciado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador,²⁴ el Tribunal Constitucional del Perú²⁵ y la Corte Constitucional de Colombia.²⁶ La Convención Americana especifica que sus disposiciones no podrán ser interpretadas, en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados” (artículo 29, inciso b); este principio exige al intérprete considerar el principio de mayor protección de los derechos humanos, que impone aplicar el derecho interno, antes que el internacional, si el primero contiene una mayor protección al derecho humano y viceversa.

En el derecho interno mexicano, el *Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en fecha anterior a la sentencia del caso Witz Rodríguez, establece las implicaciones y obligatoriedad del principio pro homine en aras de la protección de la persona y en cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado mexicano.*²⁷

Aunque es claro que las tesis de los Tribunales Colegiados²⁸ no son de obligatoria aplicación para la SCJN, sí se estima adecuado retomarlas con la finalidad de darle uniformidad, consistencia y coherencia a la interpretación realizada por los tribunales que integran el Poder Judicial de la Federación, además de que con ello se consolida la seguridad jurídica para los gobernados.

En el caso Witz Rodríguez, la Primera Sala de la SCJN no observó lo dispuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Se estima, por todo lo antes argumentado, que el delito de ultrajes a las insignias nacionales no puede implicar un límite a la libertad de expresión debido a que no satisface un interés público imperativo y no constituye un objetivo colectivo que prepondere claramente sobre la libertad de expresión. Por lo cual, la interferencia al derecho a la libertad de expresión es grave, mientras que la importancia de satisfacer el bien constitucional opuesto (la dignidad de la nación) es nula, o en el mejor de los casos, leve. En conclusión, en este caso, la importancia de satisfacer la “dignidad de la nación” no justifica la restricción, ni el detrimento o insatisfacción del derecho a la libertad de expresión.

Así, el límite que se estableció a la libertad de expresión de Witz Rodríguez, a través del delito tipificado en el artículo 191 del Código Penal Federal no es constitucional. Una muestra de lo cuestionable de esta resolución se encuentra en la multa de 50 pesos que se impuso como sanción a Witz Rodríguez.²⁹

Sancionar penalmente al disidente, al que piensa de forma distinta a una relativa mayoría, es propio de Estados fascistas, autoritarios y represores. La SCJN ha sentado posteriormente algunos criterios jurisprudenciales pertinentes en materia de libertad de expresión³⁰ y es por ello que no puede permitir que resoluciones como la del Caso Witz Rodríguez vuelvan a producirse. La SCJN como intérprete de la Constitución y de las leyes puede ampliar o restringir sus alcances y cuando esa Constitución o leyes contienen derechos humanos, el intérprete puede ampliar o restringir el ejercicio de los mismos.³¹ Ahí radica su importancia y compromiso.

III. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EL PODER JUDICIAL FEDERAL: RETOS Y PERSPECTIVAS

Los Estados tienen un papel primordial en la protección de los derechos humanos. Una muestra de ello se encuentra en el carácter complementario y subsidiario que tiene el sistema internacional de protección de derechos humanos. Pero también es cierto que ya no se puede visualizar al Estado como ese ente omnipotente capaz de imponer su voluntad sin seguir ninguna directriz y sin tener ningún límite. Hoy los Estados tienen que cumplir sus compromisos internacionales y respetar las normas de *jus cogens*³² de derechos humanos: “la primacía del Derecho internacional

es clara en cuanto constituye un límite jurídico al poder del Estado.”³³

La SCJN ha bosquejado, en tesis aislada, una forma de interpretar los tratados internacionales;³⁴ sin embargo, los tratados internacionales de derechos humanos tienen una naturaleza especial,³⁵ por lo que no pueden ser interpretados de la misma forma que tratados de otras materias. Pérez Luño habla de 4 principales enfoques o teorías de interpretación de derechos humanos;³⁶ debido a que el análisis de éstos y la formulación integral de una teoría de interpretación de derechos humanos exceden la extensión y objetivos del presente estudio, solamente se mencionarán algunos lineamientos generales sobre la materia que puedan orientar la interpretación de los derechos humanos en México.

Se considera que las directrices básicas que los intérpretes constitucionales deben de tomar en cuenta, en materia de derechos humanos, son: a) el juez nacional debe de aplicar los tratados

internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México;³⁷ b) toda interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe atender al principio *pro homine*; c) debe de dar cumplimiento a las normas de *jus cogens* de derechos humanos; d) la interpretación de los derechos en la jurisdicción interna no admite desvinculación de la interpretación hecha por la jurisdicción internacional;³⁸ y e) a la par del control de constitucionalidad se debe de realizar el “control de convencionalidad.”³⁹

En México es necesario dinamizar y fortalecer el derecho interno a través de la recepción amplia y desprejuiciada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El papel del Poder Judicial de la Federación es fundamental y exige a los juzgadores un profundo conocimiento de esta rama del Derecho. Los derechos humanos no siempre han sido bien entendidos, suficientemente apreciados y oportunamente defendidos; aún no es tarde para empezar a hacerlo.

NOTAS

1. No se entrará en este estudio a analizar la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales. Para efectos de este trabajo se manejarán indistintamente.
2. Una revista local del estado de Campeche denominada "Criterios", en la página 17 de su número 44, de abril de 2001, publicó el poema "INVITACIÓN. (La Patria entre mierda)", cuyo contenido es el siguiente: *"Yo me seco el orín de 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."*
3. Previsto en el artículo 191 del Código Penal Federal, que a la letra dice: "Al que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicará de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos o ambas sanciones, a juicio de juez."
4. Esta resolución de la Primera Sala de la SCJN ya ha sido abordada por diversos doctrinarios desde el punto de vista jurídico-positivo nacional y desde la visión filosófica.
5. Principalmente se hará referencia a los instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
6. Véase la sentencia completa en http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/3677BB93-9CCC-4981-A678-6C02BDA2607D/0/AMPARO_EN_REVISIoN_26762003PRIMERASALA.doc (fecha de consulta: 28 de enero de 2009).
7. Los límites a la libertad de expresión y a la libertad de imprenta están claramente contenidos en los artículos 6 y 7 constitucionales: no atacar la moral ni los derechos de terceros, no provocar algún delito ni perturbar el orden público, respetar la vida privada y paz pública. El voto de la minoría (Ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza) describe las razones por las que el respeto a los símbolos patrios no encuadra en ninguna de las limitantes previstas por los artículos 6 y 7.
8. El artículo 3, párrafo segundo, señala: "La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia."
9. El numeral en mención contiene las facultades del Congreso de la Unión, entre las que se encuentra la de "legislar sobre las características y uso de la Bandera, Escudo e Himnos Nacionales."
10. El cual indica: "Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor de o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios."
11. Véase recomendaciones 4/96, 88/96, 1/2002, 11/2002 y 7/2003. En su Recomendación General número 5, de mayo de 2003, menciona que "las autoridades escolares al aplicar sanciones a los alumnos Testigos de Jehová están sujetando el ejercicio (de los derechos) al cumplimiento de una obligación contenida en una ley secundaria, interpretación que atenta contra la supremacía constitucional consagrada en el artículo 133 de la Constitución..." y cita la tesis de 1999 del Pleno de la SCJN sobre la jerarquía de los tratados internacionales. Véase <http://www.cndh.org.mx/recomen/general/005.htm> (fecha de consulta: 28 de enero de 2009).
12. La SCJN dijo: "El artículo 73, fracción XXIX-B constitucional establece a favor del Congreso de la Unión la facultad para legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo e himno nacionales. De la interpretación histórica de dicha regla es posible desprender que en ella se encuentra el fundamento constitucional para la existencia de los símbolos patrios y el fundamento constitucional para que su protección sea uno de los límites de la libertad de expresión. Además, el mismo Congreso de la Unión tiene la facultad para legislar en materia penal y establecer los delitos contra la Federación e imponer su castigo (artículo 73, fracción XXI, constitucional). De la conjunción de ambas reglas se sigue que uno de los mecanismos de protección de los símbolos patrios es el establecimiento de tipos penales que castiguen las acciones ultrajantes en su contra. Si ello es

correcto o no y si es o no acorde con la realidad que actualmente vive el país, no corresponde decidirlo a esta Suprema Corte; legislar en este sentido compete en exclusiva al poder reformador de la Constitución. A este Alto Tribunal sólo atañe verificar si el delito previsto en el artículo 191 del Código Penal Federal encuentra sustento constitucional... las fracciones XXIX-B y XXI del artículo 73 constitucional no son normas que exclusivamente facultan al Congreso para legislar... La interpretación realizada por esta Primera Sala es que *la fracción XXIX-B es una norma que atribuye una facultad al Congreso, pero no sólo eso, sino que, leída de acuerdo con los trabajos legislativos que le dieron creación, contiene un reconocimiento de que existen los símbolos patrios y de que éstos merecen tutela respecto de actos irrespetuosos, incluso en el orden penal.*"

13. Es claro que si el constituyente originario tuvo que realizar una excepción explícita, es porque en el momento en el que realizó la Constitución (1917) se tenía en mente un principio de legalidad estricto, es decir, el gobernado puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido y la autoridad sólo puede hacer aquello que le está expresamente permitido. Y aunque actualmente hay quienes sostienen que este principio está en crisis, si el Constituyente originario no estableció expresamente en la Constitución el respeto a los símbolos patrios como un límite para la libertad de expresión es simplemente porque no es así. Respecto a la crisis del principio de legalidad, *cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, trad. Marina Gascón, 7ª ed., Trotta, Madrid, 2007, pp. 34-39 y Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, trad. Miguel Carbonell *et.als.*, Trotta, Madrid, 2008, p. 258.
14. En un primer momento, la SCJN había considerado que los tratados internacionales y las leyes federales se encontraban al mismo nivel, y ambos debajo de la Constitución. Fue en 1999 cuando la SCJN abandona el criterio anterior, a través de una tesis aislada y establece que "los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local." **TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL** (rubro). Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, noviembre de 1999, p. 46, tesis: P. LXXVII/99. Posteriormente la

SCJN precisó que "los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos... contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo cumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional." **TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL** (rubro). Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, abril de 2007, p. 6, tesis: P. IX/2007.

15. Con carácter jurídicamente no vinculante se encuentran: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual establece que toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio (artículo IV); y la Declaración Universal de Derechos Humanos que incluye, dentro del derecho a la libertad de expresión, el derecho de todo individuo a no ser molestado a causa de sus opiniones (artículo 19).
16. En virtud de que no existe una definición uniforme de *orden público*, se puede retomar el concepto elaborado por la CorteIDH, en su Opinión Consultiva OC-5/85 *Colegiación obligatoria de periodistas*, de 13 de noviembre de 1985, párrafo 68, en donde establece que el orden público se constituye por "las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios."
17. Algunos tribunales se han pronunciado en este sentido, como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que menciona "que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, expediente 0421-S-90, núme-

18. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-05/85..., *cit.*, párrafo 30.
19. *Ibidem*, párrafo 70.
20. *Ibidem*, párrafo 46. En sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las sentencias más relevantes en esta materia, que han sido retomadas posteriormente, son las de los *Casos Sunday Times* (párrafos 62 y 65) de 26 de abril de 1979 y *Castells* (párrafo 42) de 23 de abril de 1992, en donde se establece que la libertad de expresión “no sólo comprende las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, ofenden o inquietan; así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática... Como precisa el artículo 10, el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones que deben no obstante interpretarse estrictamente, debiendo establecerse su necesidad de forma convincente...” *Cfr.* Díaz Revorio, Francisco Javier (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2004, *passim*.
21. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Kimel*, sentencia 2 de mayo de 2008, párr. 51.
22. *Cfr. Ibidem*, párr. 84. En un sentido similar se ubica la doctrina, *Cfr.* Andrés Ibañez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 5.
23. Definido por la doctrina como: “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión

24. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha sostenido que la Constitución “—en integración con los instrumentos internacionales que consagran y desarrollan derechos humanos— dirige sus ámbitos de vigencia efectiva hacia un mismo sustrato axiológico: la dignidad humana y el catálogo de los derechos fundamentales que desarrollan los valores inherentes a su personalidad: dignidad, libertad e igualdad... de la cual se deriva la regla hermenéutica a favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no sólo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales, sino que, además, permite proponer una apertura normativa hacia ellos... corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona... En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional sobre derechos humanos.” Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso de Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, 1 de abril de 2004, en *ibidem*, pp.158-161.
25. El Tribunal Constitucional del Perú ha mencionado que “...no (se) alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación *pro homine* de los

derechos fundamentales... El Estado peruano no sólo ha ratificado la Convención Americana de (sic) Derechos Humanos (12 de julio de 1978), sino que... ha reconocido como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido... En dicha perspectiva, las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no sólo se extienden al contenido normativo que de ella realiza la Corte a través de sus decisiones... En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH (CorteIDH), reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado... hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego a este Tribunal..." Cfr. Tribunal Constitucional de Perú, expediente N2730-2006-PA/CT, Caso de Arturo Castillo Chirinos, 21 de julio de 2006, en revista *Diálogo Jurisprudencial...*, op. cit., número 2, enero-junio de 2007, pp. 275-300.

26. La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-148/05, refiere que "de acuerdo con... el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos conocida también como principio *pro homine*..." cfr. Sentencia C-148/05, demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones "grave", del artículo 10, numeral 1, y "graves" contenida en los artículos 137 y 178 de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal", 22 de enero de 2005, en *ibidem*, pp. 175 y 179.
27. Se estableció que "el principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente.

Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria." PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA (rubro). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Febrero de 2005, p. 1744, tesis: I.4o.A.464 A. *Previamente a esta tesis se encuentra:* PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN (rubro). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Octubre de 2004, p. 2385, tesis I.4o.A.441 A.

28. Otros ejemplos de interpretaciones respetuosas de los derechos humanos y de los compromisos internacionales contraídos por el Estado mexicano se encuentran en las siguientes tesis de Tribunales Colegiados de Circuito: DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS (rubro). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Agosto de 2008, p. 1083, tesis: I.7o. C.46 K; TRATADOS INTERNACIONALES. LA NORMA PROGRAMÁTICA PREVISTA EN LA FRACCIÓN III, INCISO B) DEL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ES CONTRARIA AL ARTÍCULO 8.2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (rubro). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005, p. 1586, tesis: II.1o.P.137 P; TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES (rubro). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Septiembre de 2004, p. 1896, tesis: I.4o.A.440 A.
29. Cfr. <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/159308.html> (fecha de consulta: 28 de marzo de 2009).
30. Los criterios son: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO (rubro). Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, p. 1520, tesis: P/J. 25/2007; LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6º Y 7º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO (rubro). Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, p. 1522, tesis: P/J. 24/2007; y LIBER-

TAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES (rubro). Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, p. 1523, tesis: P./J. 26/2007. En los cuales se habla del derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole, que los límites a la libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia son el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública; y que los límites a la libertad de expresión son límites tasados y directamente especificados en la Constitución Federal. Sin duda, estos criterios muestran la posición actual de la SCJN en lo relativo a la libertad de expresión.

31. Y es que las Constituciones en múltiples ocasiones tienen redacciones y contenidos abiertos e indeterminados, como menciona Gregorio Peces-Barba: "los derechos aparecen normalmente en las constituciones, sin que se especifique cuál es su significado concreto." Y corresponde a los operadores jurídicos esa asignación. "En primer lugar al legislador, pero a continuación a los restantes sujetos que utilizan el derecho... En este sentido, a la hora de dotar de significado a estas figuras, el papel de la interpretación es clave." Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 577-578. Aunque la interpretación puede corresponder a múltiples funcionarios o instituciones, el papel más relevante o de mayor trascendencia en la interpretación de los derechos humanos lo desempeñan los órganos jurisdiccionales. Retomando a Rubio Llorente se puede decir que la interpretación jurídica de los derechos humanos es, esencialmente, la "interpretación judicial de los derechos humanos." Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 584-585.
32. Definida en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.
33. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 76.
34. TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (rubro). Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Diciembre de 2002, p. 292, tesis: 2ª. CLXXI/2002.
35. En este sentido, *cfr.* Opinión Consultiva OC-02/82 *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 24 de septiembre de 1982, párrafos 27-30; y caso *Ivcher Bronstein vs Perú*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrafos 42-45, en los cuales retoma las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Irlanda vs Reino Unido* y *Soering*.
36. Los 4 enfoques son: teoría liberal positivista, teoría del orden de los valores, teoría institucional y teoría jusnaturalista crítica. *Cfr.* Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 301-316.
37. Si sólo utiliza el ordenamiento jurídico interno y entra en conflicto con el derecho internacional puede generar un hecho ilícito que conlleve responsabilidad internacional al Estado mexicano.
38. Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, p. 365.
39. "La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.