

EL CASO SERGIO WITZ: ¿UN CONFLICTO DE DERECHOS?

Rafaela LÓPEZ SALAS

I. INTRODUCCIÓN

La significación que tienen las resoluciones de la Corte de Justicia de la Nación para los juristas es incuestionable, dado el alcance y trascendencia que revisten aquéllas en el ámbito del derecho nacional. Como todos sabemos, la Corte es la intérprete suprema de la Constitución, pero también, porque la jurisprudencia es una de las fuentes formales del derecho. Una resolución de este organismo tiene el efecto de complementar o modificar el alcance y sentido de las disposiciones legales del ordenamiento jurídico. En fecha reciente, al resolver un recurso de revisión en materia de libertad de expresión, los ministros que integran la Primera Sala asumieron posiciones diferentes respecto de derechos constitucionales que, consideraron en su análisis, por su propia naturaleza se conflictúan, ambos votos de mayoría y de minoría, calificaron el asunto como un conflicto de derechos en el cual está en juego, la delimitación del ejercicio de la libertad de expresión, consagrada como derecho fundamental de la persona y el respeto a los símbolos patrios.

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El acto de expresar las ideas tiene sus restricciones externas a la luz del artículo 1o., 6o. y 7o. de la Constitución federal al establecer que las garantías sólo se podrán restringir en los casos y las condiciones que el texto establezca.¹ De acuerdo a la redacción de los artículos 6o. y 7o. la

¹ “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los ca-

manifestación de las ideas y publicación de las mismas es absolutamente libre e inviolable, inmediatamente después viene la necesaria vinculación y respeto con los derechos y libertades de los demás y los de la sociedad democrática, vida privada, moral, paz pública, derechos de tercero y no provocar crimen o delito.² El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos vigente y aplicable, reconoce en el artículo 19:

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 moral públicas.³

La Convención Americana sobre Derechos Humanos enuncia la libertad de pensamiento y expresión así como lo relativo a los límites en el

sos y con las condiciones que ella misma establece”. Artículo 1o., párrafo 1 de la Constitución Federal.

2 Artículo 6o. “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”, en la parte final el artículo proclama que el derecho a la información será garantizado por el Estado. Artículo 7o. “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, «papeleros», operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos”. Vigentes desde el 1o. de mayo de 1917.

3 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981.

mismo sentido.⁴ En el caso de los símbolos patrios la única restricción establecida por la carta magna, en forma concreta se localiza en el artículo 130 inciso *e* cuando señala que los ministros de culto no podrán agravar los símbolos patrios.⁵

El esfuerzo de la Primera Sala, al razonar las restricciones a la libertad de expresión, se enfoca a justificar la descripción del tipo penal ultraje a las insignias nacionales, como una limitación externa legítima a la mencionada libertad y deja de lado las del texto constitucional, no entra al examen de la libertad de expresión y sus límites. Con base en lo anterior, podemos señalar que el voto mayoritario hace un análisis forzado de las disposiciones constitucionales de los artículos 3o., 73, fracciones XXI y XXIX-B, porque de la facultad otorgada al Congreso para legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo e himno nacionales, desprende y quiere hacer coincidir, el fundamento constitucional que tiene el Congreso para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.⁶

La actividad legislativa relacionada con las garantías individuales, tiene su fundamento en diversas disposiciones, una de ellas se localiza en el artículo 16 transitorio de la Constitución federal, el numeral ordena que el Congreso constitucional en el periodo ordinario de sesiones expedirá las leyes orgánicas de la Constitución, pero es muy claro el mandato que dispone, dar preferencia a las leyes relativas a las garantías individuales. Ahora bien, es evidente que la Constitución autorizó al legislador para desarrollar entre otros artículos constitucionales, lo enunciado en los 6o.

4 Artículo 13, libertad de pensamiento y expresión. “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: 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 moral”. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

5 Los ministros no podrán... oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agravar de cualquier forma, los símbolos patrios...

6 El artículo 3o. en el segundo párrafo refiere la educación que el Estado tiene obligación de impartir, la que tenderá entre otras cosas... a fomentar el amor a la patria...

y 7o. en materia de libertad de expresión de ideas por cualquier medio, incluyendo la forma escrita y las limitantes impuestas al ejercicio de esas libertades; así como del 20, fracción VI, para establecer el procedimiento a seguir en aquellos delitos cometidos por medio de la prensa, pero exclusivamente de los que atenten contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.⁷ De modo que esas leyes de garantías individuales no pueden ser el Código Penal ni la Ley sobre el Escudo, Bandera e Himno Nacionales.

Las consideraciones de la Sala respecto de la libertad de expresión en mi opinión tuvieron que haberse dado en un contexto de entender en forma estructurada, organizada y armónica el ejercicio de la libertad de expresión y del reconocimiento de ciertos límites constitucionales concretos, de tal forma que el argumento debió haber comprendido un estudio del contenido esencial del derecho,⁸ de la legislación que rige en términos del artículo 133,⁹ los antecedentes que la misma Corte a lo largo de su quehacer haya emitido respecto del tema,¹⁰ las circunstancias particulares del caso, el contexto, en general las circunstancias del litigio, armonizar el contenido razonable de los derechos para encontrar a través del enfoque adecuado la protección de un derecho sin menoscabo del otro.¹¹

Lo importante del análisis es que facilite el respeto al contenido esencial del derecho, determinando el ámbito de ejercicio razonable de ese

7 Las leyes en las que debía haber trabajado el Congreso federal no incluía la ley de símbolos patrios, de ser así, entonces no hubiera sido necesario que se adicionará el artículo 73 constitucional con la fracción XXIX-B para dar facultad al Congreso para legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo y el himno nacional, bastaba con hacer efectivo el mandato del artículo 16 transitorio.

8 La fuente de la doctrina es extraordinariamente rica en este aspecto, además de que posibilita el estudio comparativo. El tema es tratado por especialistas alemanes, españoles y argentinos en forma amplia.

9 Constitución federal, leyes ordinarias y tratados internacionales en materia de derechos humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el de Derechos Civiles y Políticos así como la Convención americana, en materia de libertad de expresión.

10 Básicamente aquellas que guardan relación con el presente caso.

11 A este respecto Ollero sostiene que el esfuerzo prudencial por ajustar y reajustar ese ámbito de comunicación auténticamente humana que es la acogida entre los derechos, constituye el horizonte de toda actividad propiamente jurídica. *Cfr.* Ollero T., Andrés, *Para una teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 149 y ss.

derecho; tomando como punto de partida las restricciones constitucionales para aproximarse en lo posible al bien humano y político que se protege, indagar cual es la teleología de su formulación original y en consecuencia, señalar cuando la pretensión del titular se ajusta a la norma y cuando se opone frontalmente a ese contexto, y por tanto, se encuentra fuera del ámbito de ejercicio razonable del derecho por las exigencias del bien común.¹² Se trata como dice Serna, de establecer prudencialmente cual es el derecho del caso, por ello la referencia al bien común es absolutamente imprescindible en una tarea judicial abocada a determinar el contenido de los derechos.¹³

III. BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado por el tipo penal en cuestión es la dignidad de la nación. Tal afirmación de la Corte, nos lleva a revisar el concepto de dignidad en el marco constitucional. La expresión dignidad aparece en la Constitución federal, en referencia clara a la prohibición de toda forma de discriminación en especial aquella que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.¹⁴ Se alude a ella para reconocer y garantizar el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a aplicar sus sistemas normativos para la solución de los conflictos internos, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.¹⁵ También cuando se afirma que todo

12 Pedro Serna sostiene “cuando en determinadas circunstancias una conducta que ordinariamente constituye una forma adecuada de ejercitar un derecho fundamental resulta impedida por razones, por ejemplo, de orden público, debe hablarse más bien de una excepción a la común virtualidad de ese derecho y no de un límite, entendiendo «excepción» en el sentido de que, en el caso concreto el derecho que sufre excepción realmente no se encuentra presente, no puede ser legítimamente ejercido ni exigido, pues no está justificada la pretensión en cuyo apoyo aparece invocado. Sólo desvinculando derechos y justicia se puede pretender que el derecho exista en el caso y que sea justo desconocerlo o restringirlo” Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Argentina, La Ley, 2000, p. 68.

13 *Ibidem*, p. 83.

14 *Cfr.* artículo 1o., párrafo 2.

15 *Cfr.* artículo 2o., inciso a, fracción III.

individuo tiene derecho a recibir educación con base en criterios que orienten y contribuyan a robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general en la sociedad.¹⁶ Corresponde al Estado proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio plenos de sus derechos.¹⁷ También al señalar que corresponde al Estado fomentar el crecimiento económico, el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.¹⁸

La dignidad aparece referida a todas las personas, sin importar el género, la edad o calidad que ostenten, como se proclama en el artículo 1o. de nuestra Constitución, todo individuo gozará de las garantías que la Constitución otorga, en este sentido hay una íntima relación entre dignidad, igualdad y derechos humanos, por ello, en la parte dogmática que constituye la parte fundamental de la estructura de la sociedad, subyace la idea de eliminar todo proceso convencional de estratificación que pueda traducirse en un trato desigual para las personas.¹⁹

Para Jorge Adame, la dignidad de la persona humana es supremacía ontológica o metafísica porque está en el ser mismo de la persona, en su naturaleza racional que es superior a la de cualquier otro ser corpóreo, y se manifiesta en el dominio que la persona ejerce del mundo, no sólo vive en él, sino que lo adapta a sus necesidades y lo transforma.²⁰

En los mismos términos los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, el de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el preámbulo hacen referencia a los principios enunciados en la Carta de las Naciones, un principio que comparten es el de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana de la que derivan los derechos iguales e

16 *Cfr.* artículo 3o., fracción II, inciso c.

17 *Cfr.* artículo 4o., párrafo séptimo.

18 *Cfr.* artículo 25, párrafo 1.

19 Saldaña Serrano, Javier, "La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente", *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM-CONAPRED-CDHDF, 2006, pp. 55-76.

20 Adame Goddard, Jorge, *Filosofía social para juristas*, México, McGraw-Hill, 1998, p. 105. Sobre el tema de la dignidad se puede consultar además a Javier Hervada, Pedro Serna, Javier Saldaña Serrano, Carlos I. Massini, entre otros.

inalienables.²¹ Como podemos observar el principio de la dignidad de la persona²² sustenta los derechos y la igualdad de todos los seres humanos, si los derechos se originan en esa naturaleza intrínseca, entonces podemos estar de acuerdo en que la dignidad humana se predica estrictamente, como lo señala Serna, del ser humano,²³ en virtud de su condición ontológica de la cual derivan los derechos inherentes, “derechos connaturales a la persona humana lo cual supone necesariamente que la persona tiene una inherente subjetividad jurídica, esto es que es sujeto de derecho como dimensión natural de su ontología”.²⁴ Por lo tanto, cuando se afirma que los derechos humanos son derechos iguales e inalienables inherentes a la persona, implica que deben ser reconocidos a toda persona, independientemente de su posición social, nacionalidad, raza, lengua, creencia religiosa, lugar en que se encuentren, etcétera; pero además el reconocimiento de esos bienes de los que la persona es portadora en sociedad, le deben ser reconocidos sin alteración de clase alguna, para el disfrute pacífico y pleno de ellos.²⁵

El voto mayoritario de la Corte sostiene que el bien jurídico tutelado por el tipo delictivo en cuestión es la dignidad de la nación, “sí este es el bien 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”.²⁶ A propósito de esta cuestión, po-

21 Declaración de la ONU 1948.

22 Javier Saldaña al respecto dice “Sin duda, se puede afirmar que el igual reconocimiento en la titularidad de los derechos no es sino una consecuencia del principio de dignidad de la persona; uno, dentro de los muchos reflejos prácticos de éste. Si esto es así, entonces cuando decimos que la igualdad informa todo el ordenamiento jurídico, podríamos afirmar lo mismo de la dignidad de la persona. Es decir, es la dignidad de la persona y su concreción externa, la igualdad, el principio que informa el ordenamiento jurídico mexicano”. Saldaña Serrano, *op. cit.*, nota 19, p. 12.

23 “La dignidad se predica estrictamente del ser humano; quedan, pues, excluidas del ámbito de operatividad del principio de dignidad las personas jurídicas”. Serna, Pedro, “La dignidad humana en la Constitución europea”, *Persona y Derecho*, 52, Pamplona, 2005, p. 59.

24 Hervada, Javier, “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, *Ars Iuris*, 25, México, 2001, p. 257.

25 *Cf.* Rolla, Giancarlo, “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas”, *Anuario de Justicia Constitucional*, 6, Madrid España, 2002, pp. 463-489.

26 Voto mayoritario, p. 50.

demos pensar que la Corte se ocuparía del estudio de la dignidad pero no lo hizo así, lo que si hace es la interpretación del enunciado general del artículo 73 en relación con su fracción XXIX-B de la cual desprende 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”.²⁷ La Sala no razona acerca del principio de la dignidad, por lo tanto, no es posible que pueda sustentar constitucionalmente este principio como atributo de la patria o los símbolos nacionales. Saldaña a propósito del tema dice:

...la idea de la dignidad de la persona, ha merecido poca atención por parte de la doctrina mexicana, y ninguna por parte de la jurisprudencia. A veces, nuestros doctrinarios y jueces prefieren insistir en asuntos ya agotados como por ejemplo el amparo, antes que voltear la vista a cuestiones trascendentales para la cultura jurídica del país como el tema de la dignidad de la persona.²⁸

Al respecto podemos señalar lo siguiente, el artículo 31 constitucional refiere las obligaciones de los mexicanos, en la fracción III se encuentra la de “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”. La Constitución reconoce una patria que positivamente se constituye por la independencia, un territorio, honor, derechos, intereses, los símbolos: la bandera, el escudo y el himno nacionales. El honor es un bien personalísimo, deriva de la dignidad humana y es referible a las personas individualmente consideradas, por lo que, reconocer a las personas jurídicas un derecho al honor, es hasta hoy, un tema ampliamente debatido; sin embargo, la doctrina refiere que las personas morales gozan de un prestigio el cual forma parte del patrimonio de la persona jurídica, de tal modo que en caso de lesión, podrá demandar por los daños morales y materiales causados. La persona jurídica como tal no es atacada en su honor sino a sus miembros, y en ese caso puede demandar la protección jurisdiccional del derecho al honor de sus miembros, pero nada más.

27 La fracción XXIX del artículo 73 establece a favor del Congreso la facultad “para legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo e himno nacionales”, Constitución federal.

28 Saldaña Serrano, Javier, *op. cit.*, nota 19, p. 11.

La Constitución mexicana reconoce a la patria la titularidad de un honor, en referencia clara a una obligación de defensa por parte de los nacionales, en este sentido, no resulta prudente, jurídicamente hablando, desplazar el honor a la dignidad y a partir de esta consideración, afirmar, que la dignidad de la nación ha sido infringida. La Corte, parece ser, confunde dignidad y honor, los utiliza como sinónimos, y cae en el error de dar a la dignidad un sentido que no tiene, error que nuestra propia Constitución genera al referirse a la vivienda digna.

A nuestro juicio, aun cuando la inserción del honor en el texto reputación de las personas, éste no está en la parte dogmática relativa a las garantías individuales, donde se enuncian los derechos fundamentales de las personas, una razón más para señalar que la dignidad es un principio que fundamenta los derechos humanos.

IV. MÉTODOS APLICABLES A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE DERECHOS

El caso de Sergio Witz plantea *prima facie* lo que se conoce en la teoría general de los derechos fundamentales como un conflicto de derechos,²⁹ la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado una argumentación que dio como resultado un voto mayoritario penalizando la libertad de expresión de opiniones. El voto de minoría se inclinó por garantizar el ámbito de protección de un derecho fundamental y su contenido esencial.

Para resolver los conflictos de derechos se utilizan tradicionalmente dos métodos, el de jerarquización y el de ponderación llamado también *balancing*.³⁰ En el primero el conflicto se resuelve sacrificando un derecho en beneficio del otro, cuando entran en conflicto dos derechos el intérprete no busca armonizarlos, sino que sacrifica el de menor rango en aras del de nivel superior, pero como no todos los derechos tienen la misma jerarquía en caso de conflicto prevalece el de mayor rango, para ello

29 De la lectura de ambos votos se desprende que el voto minoritario recurre al método de ponderación, el mayoritario, a mi juicio, no entra al estudio del derecho fundamental, su análisis se enfoca a demostrar la constitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal y concluir que el tipo penal es una restricción constitucional.

30 *Passim*, Serna, Pedro, Toller, Fernando, *op. cit.*, nota 12, Desarrollan ampliamente los métodos citados.

se tiene que determinar la jerarquía de cada valor, Serna propone para ello, tres métodos: 1) consiste en examinar la mayor o menor restringibilidad de cada derecho en función del valor que proteja, un derecho es menos restringible en la medida del valor al que protege; 2) aplicar la sustracción hipotética, consiste en imaginar que pasaría si se negara una categoría de derechos, luego imaginar que se aceptara ésta y se negaran otros y así sucesivamente para comprobar cual pérdida es la más significativa; 3) la renunciabilidad de los derechos contempla que existen valores (derechos) que la moral social considera tan esenciales que no permite al titular de los mismos, el sacrificio voluntario de ellos, lo que hace dudosa incluso la calificación de “derechos subjetivos” a la cobertura jurídica que los protege.³¹

En el método de ponderación se contrapesan los distintos elementos y se decide cuál de las regulaciones contrapuestas, resulta más necesaria o justificada para proteger el respectivo derecho o bien. Consiste en contrapesar los bienes jurídicos en pugna, valorar las circunstancias del caso, determinar cual es de mayor peso y cual debe excluirse. El peso de los derechos constitucionales en lucha determina la limitación en beneficio de intereses generales.³²

Una tercera vía de solución para resolver el conflicto de derechos fundamentales se expone a continuación.³³

La propuesta alternativa a estos dos métodos parte de considerar que los derechos no están en pugna sino que son derechos armonizados, para ello, el problema se aborda desde el punto de vista de la unidad de los

31 Propone Serna una clasificación jerárquica de derechos, 1) derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etcétera); 2) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, etcétera); 3) derecho a la libertad física; 4) restantes derechos de la personalidad; 5) derecho a la información; 6) derecho de asociación; 7) los restantes derechos individuales; 8) los derechos patrimoniales. *Ibidem*, p. 9.

32 “Por ello, uno de los dogmas más extendidos en la doctrina norteamericana es que el *balancing* es absolutamente inevitable e indispensable cuando entran en juego valores directamente reconocidos en el texto constitucional, y en especial cuando se trata de juzgar el interés público en la libertad de expresión en conjunto con otros bienes y/o derechos constitucionales”, *ibidem*, p. 11. Sobre el mismo tema consúltese a Robert Alexy, Carlos I. Massini Correas, Javier Hervada, Juan Cianciardo, entre otros.

33 La exposición de la propuesta metodológica alternativa que desarrollo se basa en la de Juan Cianciardo, Pedro Serna y Fernando Toller.

derechos, el conflicto —si es que existe— se desplaza a las pretensiones, a los intereses individuales de cada una de las partes. Los derechos son armónicos, los intereses de las personas no, la pretensión exige, precisamente, que el interés del otro se subordine al propio.

¿Cómo realizar una interpretación constitucional que conduzca a armonizar los derechos? creemos que la respuesta viene dada en el sentido de realizar una interpretación que tenga como punto de partida la unidad y armonía de los derechos y el acomodamiento (ajustamiento) del derecho a los intereses controvertidos, a las pretensiones. Por lo tanto, la pauta para la interpretación de los derechos fundamentales debe ser la unidad armónica del derecho, para ello se debe superar la interpretación lingüística literal de la norma fundamental y orientarla al fundamento, hacer una interpretación teleológica y sistemática, para determinar el contenido esencial del derecho. Ese contenido esencial del derecho va a permitir encontrar los puntos de compatibilidad de los derechos, en los que respetando el núcleo esencial de cada uno de ellos, se ajuste la controversia, de tal forma que sea posible la solución sin que se sacrifique ningún derecho. Por lo tanto, armonizar los derechos es pensarlos desde su contenido esencial, es mirar hacia los límites internos de los derechos en litigio, hacia su naturaleza, el bien que protegen, la finalidad, su ejercicio, perfiles y esferas de funcionamiento razonable.

En este orden, la interpretación del precepto constitucional de la libertad de expresión, implica examinar su contenido, teniendo en cuenta que éste se fundamenta en valores individuales y sociales que le otorgan un alcance amplio, delimitar desde el bien protegido por el derecho, desde la finalidad del mismo, su núcleo constitucional, que al ser determinado en circunstancias concretas, es inexcusable. De tal forma que su ejercicio razonable, en una sociedad democrática como la nuestra, donde la paz social y el orden político democrático se basan, entre otras cosas, en los derechos fundamentales, el mínimo de ese derecho fundamental debe quedar salvaguardado, para no llegar a la anulación de alguno de los derechos en pugna.

V. OPINIÓN CONCLUSIVA

Con base en lo anterior podemos concluir que en el conflicto de derechos fundamentales, un derecho entra en choque con otro, básicamente porque una norma de derecho constitucional o internacional lo conside-

ra como límite a otro derecho, pero además el o los derechos que operan como límite son del mismo rango que el derecho limitado, por lo tanto, tiene carácter de derecho fundamental. Un derecho como el de libertad de expresión entra en conflicto fácilmente con el derecho al honor, a la intimidad, vida privada y paz pública, por lo que en caso de colisión se ponderan los bienes jurídicos lesionados, las circunstancias particulares del caso, la jerarquía que guardan unos derechos con otros y se opta por la prevalencia de un derecho sobre otro, hay un menoscabo o sacrificio de derechos fundamentales, uno de los derechos es anulado o frustrado en su ejercicio. Esta forma de solucionar los conflictos ha llevado a afirmar que uno de los derechos desaparece, porque finalmente es el derecho jerárquicamente superior el que está presente, el otro se anula.

Para la solución del conflicto la Sala se enfocó al análisis de la ley sobre símbolos patrios, porque su lógica fue justificar el rango axiológico de la restricción, para en esa medida declarar que el ultraje a los símbolos patrios, es un límite constitucional oponible al ejercicio de la libertad de expresión. Es así, que hay un vacío importante en la interpretación del fundamento de la norma, lo cual imposibilita determinar que valores fundamentales de la libertad de expresión se atacan con la publicación del poema a la bandera, y si la invitación de ultraje a la bandera contenida en el poema es un límite razonable a la libertad de expresión o si es una expresión distante del núcleo de tal libertad, debido a que la Corte no entró al estudio de la libertad de opinión, ni a las limitaciones impuestas externamente por el legislador en la Constitución, no discurre acerca del bien jurídico tutelado que dice es la dignidad de la nación, omite examinar el núcleo de la libertad de expresión, no toma en cuenta que dicha libertad tiene un alcance amplio que solo puede restringirse cuando queda plenamente demostrado que erosiona los valores que la fundamentan, el voto mayoritario sostuvo que el fin de la norma penal referida es lo suficientemente importante, al grado de anular el derecho constitucional de libre expresión, pero lo que sin duda ha constituido un exceso, es considerar que la vía penal es un medio razonable y justificado para limitar la libertad de expresión en una sociedad democrática y plural. Llama la atención que no hizo referencia a las normas internacionales en materia de derechos humanos relevantes por el *status* que les confiere el artículo 133 de nuestra carta fundamental.

La libertad de expresión si se ejerce con violencia, con agresión, si lesiona bienes y derechos ajenos, no esta correspondiendo a su esencia, no favorece el bien para el cual fue constitucionalmente protegida, ningún bien se realiza por medio de la lesión a otros, por tanto, no es posible tener un derecho y al mismo tiempo no tenerlo, no puede afirmarse, en este caso que el ultraje sea una forma de libertad de expresión. El punto es que el poema de Witz encierra una crítica política y como tal, no es de ninguna manera una incitación al odio, ni busca promocionar la violencia, lesionar derechos ajenos o alterar el orden público; es la expresión de una actividad que ha sido expresada a través del recurso escatológico, podemos estar o no de acuerdo pero la crítica política requiere de un clima de tolerancia y respeto mutuo. Si la Corte para emitir su resolución tomó en cuenta el daño potencial que podría derivarse de tal expresión, entonces, debió quizá adoptar la solución dada por el propio legislador y aplicar un medio que al mismo tiempo que previene el daño, restringe lo menos posible la libertad de pensamiento. Para ello el artículo 56 de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales contempla:

Las contravenciones a la presente Ley que no constituyan delito conforme a lo previsto en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero 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 doscientas 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...

La tendencia a despenalizar los delitos que se cometen con motivo de la libertad de expresión y de prensa, no se refleja en el voto mayoritario, sin embargo no es menor el hecho, de que cada vez la libertad de expresión alcanza niveles de reconocimiento que hacen presumible la liberación de la carga punitiva de ese derecho fundamental.

El caso Witz ha sido tratado como un conflicto de derechos y en mi opinión no es así, por las siguientes razones:

La Corte no precisa con claridad cual es el derecho contrapuesto a la libertad de expresión, a pesar de que señala como tal la dignidad de la nación, es claro de lo expuesto que el principio de la dignidad se predica exclusivamente del ser humano.

Aun cuando el legislador puede imponer restricciones a un derecho constitucional en leyes secundarias, no es posible apreciar del análisis de la Corte cual es el bien jurídico que se conflictúa con la libertad de expresión.

La Corte hace una serie de vinculaciones, interpretaciones y triangulaciones de preceptos jurídicos, que la llevan a concluir que el artículo 191 impone restricciones a la libertad de expresión derivadas de la Constitución, no las puntualiza y continúa ausente el derecho oponible.

Es evidente que la Corte no aplicó método alguno de los citados porque en el caso de los dos primeros, tenía que haber identificado plenamente el derecho oponible y no fue así. Emplear la tercera propuesta debió conducir a demostrar la teleología de los derechos, el núcleo esencial de los mismos, los fines que persiguió el Constituyente Permanente para el reconocimiento constitucional de esos derechos, el bien jurídico tutelado en cada uno de ellos, el alcance y contenido de las limitaciones constitucionales.

Podemos afirmar con Serna y Toller que tratándose de derechos fundamentales no es aconsejable establecer jerarquizaciones, ponderaciones o límites que den prioridad a un derecho fundamental sobre otro para resolver el conflicto, porque los bienes humanos de los derechos son todos compatibles entre sí, en ese sentido armonizables, además se debe buscar casar los bienes en conflicto. En la resolución de los conflictos de derechos, al analizar el caso concreto, es aconsejable optar por la armonización y el ajustamiento de los mismos, a fin de que no resulte ninguno de los derechos anulados, o degradados. En la teoría jurídica de los derechos humanos se permite jerarquizar y ponderar pero con un criterio de equilibrio, de considerar prudencialmente el conjunto de bienes, con el fin de alcanzar una solución justa, sin sacrificar o postergar a ningún titular del derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, Jorge, *Filosofía social para juristas*, México, McGraw-Hill, 1998.

CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Navarra, Eunsa, 2000.

GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2000.

HERVADA, Javier, “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, *Ars Juris*, 25, México, 2001.

MARZOA, Ángel, “Libertad de pensamiento: relativismo o dignidad de la persona”, *Persona y Derecho*, 11, Pamplona, 1984.

SALDAÑA SERRANO, Javier, Eutanasia, “Fracaso de la humanidad. Derrota de la persona”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 19, México, 2005.

———, “La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente”, *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM-CONAPRED-CDHDF, 2006.

SERNA, Pedro, “La dignidad humana en la Constitución europea”, *Persona y Derecho*, 52, Pamplona, 2005.

———, “La dignidad de la persona como principio del derecho público”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 4, Madrid, 1995.

——— y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Argentina, La Ley, 2000.

ROLLA, Giancarlo, “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas”, *Anuario de Justicia*, 6, Madrid España, 2002.

ZACCARÍA, Guiseppe, “Límites y libertad de la interpretación”, *Persona y Derecho*, 47, Pamplona.

