

CAPÍTULO TERCERO

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA EN EL SISTEMA JUDICIAL MEXICANO Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

I. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA EN EL SISTEMA JUDICIAL MEXICANO

1. *El caso Armando Ovando Gallegos (juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano: SUP-JDC-393/2005)*

A. Descripción del caso

Las partes en el conflicto son el señor Armando Ovando Gallegos, miembro del Partido Acción Nacional, la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional y el Comité Directivo Municipal del mismo partido.

Las circunstancias fácticas y jurídicas del asunto se describen a continuación:

En febrero de 2005, el Comité Directivo Municipal del Partido Acción Nacional en San Cristóbal de las Casas, Chiapas, solicitó ante la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional un procedimiento de sanción en contra de Armando Ovando Gallegos por diversos actos que violaban la normativa del citado partido.

En esencia, se puede decir que la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional consideró que el Comité Directivo Municipal basó su acción en contra de Armando Ovando Gallegos en tres circunstancias:

- El desacato de la orden de la delegación estatal relativa a la entrega-recepción de los bienes del mencionado Comité Directivo.
- Las declaraciones de Armando Ovando Gallegos a los medios de comunicación sobre asuntos internos del partido (su destitución como presidente del Comité Directivo).

- Las declaraciones en medios públicos de Armando Ovando Gallegos de la existencia, afiliación y objetivos de un grupo denominado “Carlos Castillo Peraza”, lo cual generó confusión en la ciudadanía y dañó la imagen del partido.

En junio de 2005, la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional, derivado de su interpretación de que no se pueden ventilar en forma pública los asuntos internos del partido político, y de que la aceptación pública de la existencia de un grupo de panistas (lo que generó confusión en la ciudadanía y dañó la imagen del Partido Acción Nacional) contraviene la normativa, los principios y los programas del Partido Acción Nacional, resolvió suspender de todos sus derechos como miembro activo del Partido Acción Nacional a Armando Ovando Gallegos por un lapso de tres años.

En julio de 2005, Armando Ovando Gallegos promovió ante el Comité Ejecutivo Nacional del Partido Acción Nacional, demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano en contra de la resolución de la Comisión de Orden, aludiendo que se violaban sus derechos político-electorales, en específico el derecho de asociación en su vertiente de afiliación política, así como el derecho de libertad de expresión.

La demanda de Armando Ovando Gallegos para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano tuvo como base la consideración de la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional, de que está prohibido ventilar en forma pública los asuntos que atañen a la vida democrática de los partidos políticos, lo que para él se encuentra en oposición del derecho de libertad de expresión. Asimismo, Ovando Gallegos apeló en la misma demanda que la formación de un grupo dentro del Partido Acción Nacional constituye nada menos que el ejercicio de un derecho contemplado tanto en la normativa del partido como en la propia Constitución.

B. *Principios en colisión*

El presente caso representa un ejemplo de la posibilidad de colisión o tensión entre dos principios de naturaleza diferente; es decir, entre un derecho fundamental y un principio del Estado constitucional democrático, que bien se podría denominar en sentido estricto principio constitucional, ya que en sentido amplio un derecho fundamental también es un principio constitucional.

Es criterio general estudiar y analizar colisiones entre derechos fundamentales (piénsese en la libertad de expresión, derecho a la intimidad, igualdad o seguridad jurídica). La mayoría de los ejemplos que nos presenta la doctrina lo hacen así. Pese a ello, es latente la posibilidad de colisión entre un derecho fundamental y un principio jurídico no considerado derecho fundamental, lo cual contribuye a ampliar el campo de la ponderación y argumentación con principios, entendidos éstos en su más amplio concepto.

En palabras del doctor Carbonell, este caso no viene más que a destacar la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan entrar en colisión con otros bienes de relevancia constitucional, ya sean otros derechos fundamentales, o bien valores o fines constitucionalmente protegidos.²⁸⁰

De esta forma, en el caso Ovando Gallegos existe una colisión entre los derechos fundamentales de libertad de expresión y de asociación con un principio jurídico del Estado constitucional democrático,²⁸¹ referente a la autoorganización y autorregulación interna de los partidos políticos considerados entidades de interés público.

En este sentido, en la parte de los considerandos de la sentencia del caso que se comenta se precisa que la colisión se da, por un lado, entre el derecho de autoorganización de los partidos políticos, que incluye su facultad autonormativa; esto es, la posibilidad de establecer normas que impidan acciones que afecten la estabilidad del partido político, pongan en riesgo su existencia o imposibiliten la consecución de sus fines constitucionales y la potestad disciplinaria, y por el otro, la libertad de expresión de un afiliado, tensión que debe resolverse por la ponderación entre ambos principios.²⁸²

Aunado a ello, se tiene la afectación del derecho de asociación, que provocó el ejercicio del derecho de autoorganización de los partidos. Así, es evidente que al igual que la tensión entre este último derecho y el principio de libertad de expresión existe una colisión entre el multicitado derecho de los

²⁸⁰ Carbonell, Miguel y Vado Grajales, Luis Octavio, *Libertad de expresión, partidos políticos y democracia. Comentarios a la sentencia SUP-JDC-393/2005*, 2a. ed., México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010, p. 44.

²⁸¹ Cabe precisar que si bien la libertad de expresión de un militante de un partido político puede ser considerada también como un principio del Estado constitucional democrático, para los fines de la presente investigación se va a analizar desde su naturaleza de derecho fundamental para distinguirlo del derecho de autorregulación de los partidos políticos, el cual no implica un derecho fundamental, pero sí, como se ha dicho, un principio del Estado constitucional democrático.

²⁸² Sentencia SUP-JDC-393/2005. Actor: Armando Ovando Gallegos. Autoridad responsable: Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.

partidos y el derecho fundamental de reunión en materia político-electoral establecido en la Constitución.

A efecto de simplificación, y en virtud de la naturaleza de derechos fundamentales de los principios de reunión y de libertad de expresión implicados en este asunto, en adelante se referirá de forma conjunta la tensión entre dichos derechos y el derecho de autoorganización de los partidos políticos.

C. *Argumentación y sentencia*

En este punto llama la atención el esquema de control racional de la ponderación que se efectuó para resolver la colisión entre los principios involucrados (que se podría identificar como control de razonabilidad). Así, los juzgadores partieron del esquema elaborado por el profesor José Juan Moreso (ya que se cita como fuente uno de sus trabajos: *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*).

Para comprender dicho método de control racional es importante precisar sus pasos, los cuales fueron seguidos por los magistrados que resolvieron el caso que se comenta:²⁸³

1. *Delimitación del universo de discurso.* Las acciones y omisiones de los afiliados reguladas en las normas que establecen la aplicación de sanciones en los casos de indisciplina.
2. *Identificación de las normas, prima facie, aplicables al ámbito de acciones especificado, así como las que prevén las causas de justificación, particularmente las que establecen el ejercicio de un derecho.* En esta etapa se identifican los principios constitucionales o las normas que establecen derechos fundamentales, como la libertad de información y la libertad de expresión.
3. *Consideración de casos paradigmáticos.* A fin de acotar la función del ámbito de las reconstrucciones admisibles, ya que sólo son aceptables aquellas reconstrucciones que tratan adecuadamente los casos paradigmáticos. En esta etapa se debe pensar en diversos casos hipotéticos que aborden la cuestión desde diversos ángulos.
4. *Establecimiento de las propiedades relevantes del universo de discurso.* Ello a fin de poder determinar las soluciones legales. Como ejemplo de propiedades relevantes en el caso que se analiza se tendría la calidad de militante, el estatus constitucional de los partidos políticos como en-

²⁸³ *Idem.*

tidades de interés público, el carácter o contenido de las expresiones proferidas, entre otras más.

5. *La formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo de discurso.* El establecimiento de las reglas debe ser controlado de acuerdo con su capacidad de dar cuenta de los llamados casos paradigmáticos.

Se debe aclarar que como refieren los juzgadores en la respectiva sentencia, dicho método tiene como finalidad controlar el juicio de ponderación, de forma que una decisión judicial esté plenamente justificada; es decir, que no sea arbitraria; sin embargo, este esquema no es el único posible.

Precisado lo anterior, se comenzará ahora a desarrollar la argumentación jurídica desplegada por los decisores. Así, cabe apuntar que la misma partió con el análisis sobre si las acciones de Ovando Gallegos (la formación del grupo denominado “Carlos Castillo Peraza” y la difusión en la radio de la existencia y actividades de dicho grupo) contravienen las disposiciones internas del Partido Acción Nacional, tal como lo había señalado en su resolución la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional.

Después de una revisión de las disposiciones estatutarias aplicables, los decisores llegaron a la conclusión de que la existencia de un grupo de afiliados al Partido Acción Nacional que se ha dado a la tarea de analizar los documentos básicos que rigen a ese instituto político no contraviene disposición reglamentaria alguna (lo que parecía evidente, pues aun en el caso de que no se estableciera así por las disposiciones internas del partido, en otro nivel del lenguaje existe un derecho fundamental de asociación en su vertiente política).

La segunda pregunta que tenían que resolver los magistrados era si la difusión de esos hechos (la existencia del grupo y las actividades que vienen realizando) se encuentra bajo la protección del derecho fundamental de libertad de expresión. En este caso lo que hicieron primero los juzgadores fue analizar las declaraciones realizadas por el señor Ovando Gallegos y confrontarlas minuciosamente con las disposiciones en las que la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional basó su sanción.

Así, los magistrados llegaron a la conclusión de que las declaraciones públicas del señor Ovando Gallegos (la existencia del grupo y las actividades que vienen realizando) no contravienen alguna disposición interna del grupo político. Tampoco se trata de asuntos confidenciales y conflictos internos del partido, de manera que se dañe la imagen del partido político (ya que la Comisión de Orden no expresó razones por las que pudiera consi-

derarse a las declaraciones como un asunto confidencial, un conflicto intrapartidario o que las mismas dañen la imagen del partido), ni se desconoció la autoridad del Comité Directivo Municipal o se pretendió la intromisión de una estación de radio en los actos propios del partido.

Derivado de ello, para el Tribunal Electoral no es adecuado estimar, como lo hizo la Comisión de Orden, que lo expresado por el señor Ovando Gallegos configuró los cuatro actos de indisciplina previstos en la normativa interna del partido; sin embargo, para dicho tribunal la conducta atribuida al militante sería subsumible, *prima facie*, sólo en dos de los supuestos previstos en la normativa interna como actos de indisciplina; esto es, el atacar, de hecho o de palabra, las decisiones y acuerdos tomados por los órganos del partido y el acudir a instancias públicas o privadas ajenas al partido para tratar asuntos internos del mismo o para intentar su intromisión en los actos propios del partido.

De esta forma, considerando todos los elementos jurídicos y fácticos aplicables al caso, los decisores determinaron que los actos del señor Ovando Gallegos estaban protegidos por el derecho fundamental a la libertad de expresión, ya que un régimen disciplinario interno de un partido político no puede limitar injustificadamente el ejercicio de dicho derecho conferido en una norma de derecho fundamental de mayor jerarquía a cualquier disposición partidaria, en términos del principio constitucional de jerarquía normativa, por lo que en palabras de los magistrados hay una precedencia en favor del derecho de libertad de expresión en relación con el derecho a la imagen del partido político, y se aclararía que más bien es en relación con el principio constitucional de autoorganización de los partidos políticos y con independencia del principio de jerarquía normativa, pues la posibilidad de autoorganización partidaria es una disposición a nivel constitucional.

Las principales razones presentadas por los magistrados para sustentar su determinación de que en el presente caso individual los actos imputados al señor Ovando Gallegos están bajo la protección del derecho fundamental a la libre expresión y de alguna forma del derecho de asociación, fueron las siguientes:²⁸⁴

- Las declaraciones constituyen la manifestación de opiniones, puntos de vista o convicciones políticas y partidarias, las cuales deben recibir la más eficaz protección, dada la posición eminente de la

²⁸⁴ Para mayor abundamiento, véase Sentencia SUP-JDC-393/2005. Actor: Armando Ovando Gallegos. Autoridad responsable: Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.

libertad de expresión en el entramado de las instituciones democráticas, además de que estas declaraciones constituyen una actitud proactiva de un militante en el ejercicio de un derecho partidario.

- El derecho a la libre manifestación de las ideas es una condición de posibilidad de un debate abierto, libre, plural y tolerante de ideas, que no sólo contribuye a asegurar una mayor democratización interna de los partidos políticos, sino también el enriquecimiento de las iniciativas, propuestas y alternativas en el seno de los mismos.
- La restricción o limitación de la libertad de expresión, más allá de los límites permitidos constitucionalmente, no sólo negaría el ejercicio de un derecho fundamental, sino también podría activar las tendencias oligárquicas de los partidos políticos.
- Dado el papel que tienen en el desarrollo del Estado constitucional democrático de derecho y su estatus constitucional de entidades de interés público, los partidos políticos no deben ser entidades inmunes a la crítica o autocrítica.
- Cualquier expresión de un militante que tienda a la consecución del debate público, plural, libre y tolerante, así como al mantenimiento y consolidación de una cultura democrática en la sociedad, está protegida constitucionalmente, ya sean expresiones favorablemente o consideradas inocuas o críticas negativas particularmente duras, intensas e impactantes, siempre y cuando no se violen, por ejemplo, los derechos del partido político, porque se lesiona gravemente la estabilidad del partido político, su identidad partidaria o se impide la consecución de sus fines constitucionalmente encomendados.
- El objetivo del derecho fundamental de libertad de expresión es resguardar al ciudadano que discrepa del punto de vista de la mayoría o del poder, aun cuando a aquélla o a éste no le agraden o le disgusten las expresiones proferidas.
- El contenido de las expresiones proferidas por el señor Ovando Gallagos no implicó la disminución o el demérito de la imagen del partido político, ya que no está acreditado ni se advierte de qué manera dichas expresiones dañaron la imagen del instituto político ante la propia sociedad.
- El derecho a la libertad de expresión presenta una doble vertiente: representa un derecho de cada individuo, pero implica también un derecho de la colectividad a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento de otros ciudadanos. Así, las declaraciones radiofónicas quedan comprendidas dentro del ejercicio de libertad de expresión en esta doble vertiente.

De esta idea es el maestro Luis Octavio Vado, quien, a propósito de los comentarios a esta sentencia, ha dicho que “tutelar la libertad de expresión en materia política es proteger el derecho de la sociedad a informarse, presupuesto necesario para decidir y participar en la vida democrática. Impedir la libertad de expresión no es únicamente agravar a una persona, sino afectar a toda la sociedad”.²⁸⁵

- El derecho a la libertad de expresión no es derrotado por ningún otro derecho fundamental; tampoco ninguna de las limitaciones constitucionalmente permitidas es aplicable al caso. Pese a que de las limitaciones admisibles la única que podría actualizarse sería la referente a los ataques de los derechos de tercero, concretamente el derecho a la imagen del Partido Acción Nacional ante la propia sociedad, no se demostró que las expresiones proferidas por el militante hayan afectado dicha imagen.
- La formación de una corriente o grupo en el interior del partido político están permitidos por disposiciones internas del propio partido, las cuales no son más que una concreción del derecho político-electoral de asociación contemplado a nivel constitucional.

Como se puede observar, el razonamiento jurídico para respaldar la prevalencia del principio jurídico de libertad de expresión y de asociación en materia política sobre el derecho de los partidos a autoorganizarse (lo que implica la posibilidad de sancionar a sus militantes) fue satisfactorio, ya que se presentaron diversas razones relativas tanto a cuestiones fácticas como jurídicas y doctrinarias, y no se aprecian razones que justifiquen el optar por la otra opción (la prevalencia del derecho de los partidos políticos). Así, de la justificación y argumentación de corte principalista se resolvió que debería restituirse al ciudadano Armando Ovando Gallegos en el pleno goce de sus derechos como militante del Partido Acción Nacional.

Se considera que la decisión judicial logró pasar el test de razonabilidad no sólo por haberse planteado y seguido un método particular (el elaborado por José Juan Moreso), sino más bien por presentar el mayor y mejor número de razones para la toma de posición bajo el mecanismo de ponderación, decisión que si bien estuvo respaldada por consideraciones dentro del campo de la política constitucional y social; por ejemplo, la referencia a la importancia de la libertad de expresión en las sociedades pluralistas de los Estados constitucionales de derecho, todo ello fue dentro del cauce del sistema jurídico, por lo que no se trató de una justificación únicamente ideológica o

²⁸⁵ Véase Carbonell, Miguel y Vado Grajales, Luis Octavio, *Libertad de expresión...*, cit., p. 102.

política ni mucho menos arbitraria. Así, la precedencia relativa del principio de libertad de expresión y de asociación sobre el derecho de los partidos a autoorganizarse pone de relieve la posibilidad de colisión entre dos principios que no tienen la misma naturaleza, pues es evidente que el derecho de autorregulación de los partidos políticos si bien se contiene en la norma fundamental, no es considerado como parte de los derechos fundamentales, los cuales en nuestro sistema jurídico antes de las reformas constitucionales de 2011 se identificaban bajo el rótulo de “garantías individuales”.

Bajo esta realidad, algunos investigadores, como Carbonell, han señalado que la sentencia del caso Ovando Gallegos debe ser tomada en cuenta para resolver futuros conflictos intrapartidistas por medio de técnicas modernas, como la ponderación y la proporcionalidad, y considerando los efectos horizontales de los derechos fundamentales,²⁸⁶ declaraciones con las cuales se está totalmente de acuerdo.

Asimismo, otros autores, como el maestro Luis Octavio Vado, han referido que al ser el caso Ovando Gallegos un asunto que implica un derecho fundamental que choca con otros bienes constitucionales, la ponderación resulta ser el método más apropiado de argumentación, pues la misma da cuenta del alcance del derecho fundamental en el caso particular, de una forma más abierta; por ejemplo, considerando el derecho comparado y la interpretación doctrinal,²⁸⁷ componentes que, como se observó, se encuentran a lo largo de la argumentación jurídica desarrollada en el caso en análisis.

D. Comentarios

En el caso Armando Ovando Gallegos se aprecia una interesante argumentación jurídica principalista, ya que se hace referencia tanto a aspectos jurídicos como a cuestiones de tipo sociológico, cultural y político; asimismo, porque se presenta una amplia referencia al tratamiento de la libertad de expresión desde ámbitos internacionales y doctrinales (los cuales, si bien no son exclusivas de la argumentación principalista, sí vienen a enriquecerla).

Por otro lado, desafortunadamente se observa que en el razonamiento jurídico vertido en la sentencia del caso en comento se le dio poca importancia a otro de los principios que se encontraba en colisión; esto es, al principio de asociación en su vertiente política, ya que se expresan un sinnúmero de razones para apoyar la prevalencia del derecho de libertad de ex-

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 73.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 95.

presión; sin embargo, no se ofrecen de igual manera razones para justificar la importancia del triunfo del principio de asociación sobre el derecho de los partidos políticos, lo que hace pensar que no tuvo mucha trascendencia para los magistrados dicho derecho o, peor aún, si se parte de un visión estrictamente lógica, parecería que apelaron a la falacia de petición de principio, y por lo tanto no consideraron necesario desarrollar razones para justificar la prevalencia *prima facie* de tan importante principio. En el mismo sentido, el maestro Luis Octavio Vado ha observado que el caso Ovando Gallegos se centró en el tema de la libertad de expresión dejando a un lado otros aspectos relevantes, como es la libertad de asociación intrapartidaria, la cual fue abordada con menor profundidad en la sentencia.²⁸⁸

Por último, cabría recordar que si bien el principio de libertad de expresión cuenta con diversas limitaciones señaladas en la Constitución (por ejemplo, una acción que afecte derechos de terceros, ataque a la moral o perturbe el orden público), ello no significa que se tenga que dejar de ponderar y argumentar sobre la justificación de dichas limitaciones; esto es, las limitaciones expresas no nos dicen qué postura tomar en los casos particulares; lo único que nos dicen es que existen algunas acciones que pueden limitar el derecho de libertad de expresión; pero ello queda sujeto al razonamiento jurídico y a las características particulares de los asuntos. Como muestra véase el caso en análisis, en el que si bien se puede estar afectando de alguna manera el derecho del Partido Acción Nacional para sancionar a un militante, que se contiene dentro de su derecho constitucional de autoorganización y autorregulación interna, ello no se traduce en que tajantemente y sin previa ponderación de principios y argumentación jurídica deba optarse por la limitación del principio de libertad de expresión.

En definitiva, los criterios que se han vislumbrado en la sentencia que se comenta confirman el importante papel que desarrollan los jueces como defensores de los derechos fundamentales en los Estados constitucionales de derecho. Siguiendo a Carbonell se puede concluir señalando que los jueces son los guardianes de esos derechos, cuyo efectivo disfrute se constituye como el antecedente para que se realice cualquier régimen democrático; así, las democracias contemporáneas son nada menos que democracias con jueces.²⁸⁹

²⁸⁸ *Ibidem*, pp. 112 y 113.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 73.

2. *El caso Iridia Salazar Blanco (juicio de inconformidad, expediente: ST-JIN-7/2009)*

A. *Descripción del caso*

El caso se genera como consecuencia de los resultados de la jornada electoral celebrada el 5 de julio de 2009, en la cual se eligieron diputados federales por el principio de mayoría relativa correspondiente al 08 Distrito Electoral Federal, en el estado de Michoacán.

Derivado de dicha jornada electoral, el 08 Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral en el estado de Michoacán realizó el cómputo distrital correspondiente y declaró la validez de la elección, por lo que expidió la constancia de mayoría y validez respectiva a la fórmula del Partido Acción Nacional integrada por Alfonso Jesús Martínez Alcazar como propietario e Iridia Salazar Blanco como suplente.

Inconforme con esta determinación y cómputo, el Partido Revolucionario Institucional promovió juicio de inconformidad en contra de los resultados del acta de cómputo distrital de la elección para diputados federales por el principio de mayoría relativa correspondiente al 08 Distrito Electoral Federal, la cual arrojó como vencedores por escasa diferencia a la fórmula postulada por el Partido Acción Nacional sobre la fórmula del Partido Revolucionario Institucional con su candidato José Juan Marín González.

Las partes involucradas en el presente juicio son: el Partido Revolucionario Institucional como parte actora, el 08 Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral en el estado de Michoacán como autoridad responsable y el Partido Acción Nacional como tercero interesado.

Los hechos materia del presente juicio se resumen a continuación:²⁹⁰

- a. El 3 de octubre de 2008 se declaró el inicio del proceso electoral ordinario para la elección de diputados federales, que integrarían la Legislatura LXI de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- b. El Partido Revolucionario Institucional registró a José Juan Marín González como candidato a diputado federal en el Distrito 08 en Morelia Oeste.
- c. El Partido Acción Nacional registró como candidatos a diputados a la fórmula integrada por Jesús Alfonso Martínez Alcazar e Iridia Sala-

²⁹⁰ Sentencia ST-JIN-7/2009. Actor: Partido Revolucionario Institucional. Autoridad responsable: 08 Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral en el estado de Michoacán, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.

- zar Blanco, en su carácter de propietario y suplente, respectivamente, en el Distrito 08 en Morelia Oeste del estado de Michoacán.
- d. De acuerdo con el acta circunstanciada del Consejo Distrital 08, durante el proceso electoral existieron pintas realizadas por el Partido Acción Nacional, cuyo contenido es “Diputado Federal Alfonso. Iridia Salazar Suplente. Emblema del PAN y la Frase Siempre Contigo, además de un rectángulo Acción Responsable”.
- e. En el proceso electoral, la imagen de la candidata suplente a diputada federal, Iridia Salazar Blanco, apareció en spots publicitarios, que se transmitieron en televisión; asimismo, su voz se escuchó en spots en radio. En ambos medios de difusión, el mensaje de Iridia Salazar fue el siguiente:

Una de las emociones más grandes que he sentido, fue ganar mi medalla olímpica, pero no se compara en nada con lo que siento ahora, que voy a ser mamá.

Yo quiero que mi bebé nazca en un país seguro, tranquilo, donde pueda crecer haciendo deporte y sin el peligro de las drogas. Por eso yo voy a votar por el PAN, para ayudar al Presidente en la lucha contra la delincuencia, no podemos permitir que la droga llegue a nuestros hijos.

Por otra parte, el Partido Revolucionario Institucional, como actor en el caso que se comenta, presentó un agravio en los términos siguientes:

La transgresión al principio de equidad que se encuentra precisado en los artículos 41, fracción II, y 116, fracción IV, inciso g, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El anterior agravio se materializó por las siguientes circunstancias que refirió la parte actora:

- Las pintas fueron fijadas en lugares abandonados, y por ende carecían de permiso. Dicho acto sucedió en un sinnúmero de lugares del Distrito 08, generando así una falta de equidad y creando una desventaja hacia los demás partidos políticos.
- La imagen de la candidata suplente a diputada federal, Iridia Salazar Blanco, en calidad de ciudadana, que apareció reiteradamente en canales de Televisa y Televisión Azteca en horario estelar a nivel nacional, a diferencia de los demás candidatos a diputados federales por el Distrito 08 que no aparecieron en spots publicitarios a ese nivel, instituye una ventaja clara por parte de la fórmula de la cual es integrante.

- Que el tope máximo de gastos de campaña para la elección de diputados fijado por el Consejo General del Instituto Federal Electoral fue rebasado por la fórmula de candidatos del Partido Acción Nacional, generando así una falta de equidad durante el proceso electoral.

Asimismo, los magistrados que conocieron del asunto precisaron que la litis del caso consistiría en determinar si las posibles irregularidades descritas por el Partido Revolucionario Institucional en su demanda acreditan la violación al principio de equidad que rige en las contiendas electorales, y si dicha violación fue determinante para el resultado final de la votación, lo anterior nos llevaría a precisar un posible conflicto entre principios constitucionales, en los términos que precisaremos en el siguiente punto.

B. *Principios en colisión*

A primera vista parece que el caso Iridia Salazar no involucra principios en tensión. De hecho, en la argumentación jurídica efectuada por los magistrados no se vislumbra en un primer momento un tratamiento del problema sobre la idea de tensión entre principios constitucionales. Así, los primeros razonamientos efectuados se generan para atender el agravio del actor y para justificar o no la hipótesis de nulidad de la elección a la luz de lo que establece el artículo 78 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; esto es, sobre las condiciones necesarias para poder declarar la nulidad de una elección de diputados o senadores (existencia de violaciones en la jornada electoral sustanciales, de forma generalizada, en el distrito o entidad de que se trate, plenamente acreditadas y determinantes para el resultado de la elección).

Pese a lo anterior, es evidente que en el presente caso, como lo refieren en la parte de los considerados de la sentencia los propios juzgadores, se encuentran inmersos principios constitucionales que rigen la elección de los poderes públicos, como son el voto universal, libre, secreto y directo; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, la legalidad, la independencia, la imparcialidad y la objetividad como principios rectores del proceso electoral; el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social, así como que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales debe prevalecer el principio de equidad.

A pesar del citado conglomerado de principios constitucionales que envuelve un procedimiento electoral, es claro que en el asunto que se analiza se deben ubicar los principios que de manera directa entrarían en conflicto. Tomando en consideración primordialmente los agravios hechos valer por la parte actora, se tendría el principio constitucional de equidad en las campañas o contiendas electorales, el cual el Partido Revolucionario Institucional estima ha sido vulnerado, afectando en consecuencia a dicha entidad y a su candidato a diputado federal.

Este principio estaría en colisión con el derecho de sufragio universal para la elección de poderes públicos, pues la posible nulidad de la elección afectaría directamente la decisión tomada por los ciudadanos mediante el ejercicio de tal derecho.

Asimismo, estaría en tensión el citado principio de equidad con el principio de libertad de expresión, del que goza tanto Iridia Salazar en su carácter de ciudadana como en alguna medida el Partido Acción Nacional, si se entiende que el derecho de libertad de expresión no sólo se refiere al derecho de las personas a expresar ideas o pensamientos, sino que también se constituye como el derecho de la sociedad a recibir información. Así, una institución política opera como un agente para generar y difundir la misma.

De este modo, en el caso Iridia Salazar los principios constitucionales que colisionan son tres: el de libertad de expresión, el de equidad en campañas electorales y el de sufragio universal. Bajo este esquema, parece latente la colisión entre principios de naturaleza distinta (piénsese, por ejemplo, en el principio de libertad de expresión como un derecho fundamental de los ciudadanos y el principio de equidad como un principio constitucional rector de los procesos electorales).

C. Argumentación y sentencia

A fin de facilitar el estudio de la argumentación jurídica desarrollada en el caso en cuestión se dividirá la misma en dos partes; en la primera parte se precisará a grandes rasgos el razonamiento efectuado para verificar la operatividad o no del agravio hecho valer por la parte actora, y en la segunda parte (que es más relevante para los propósitos de la presente investigación) se analizará el tratamiento de la colisión de los principios de libertad de expresión, equidad electoral y sufragio universal, y la justificación desarrollada para optar por la prevalencia de alguno de ellos.

a. Razonamiento efectuado para verificar la operatividad o no del agravio hecho valer por la parte actora

Como preámbulo se debe recordar que los juzgadores analizaron el agravio a la luz de las causas legales para decretar la nulidad de la elección. El agravio se materializa en tres específicas circunstancias, las cuales generan supuestamente la transgresión del principio de equidad: *i*) el rebase de los topes de gastos de campaña por parte de la fórmula de candidatos del Partido Acción Nacional; *ii*) la participación de Iridia Salazar Blanco en calidad de ciudadana en spots de televisión y radio promoviendo el voto a favor del Partido Acción Nacional, y *iii*) la existencia de legislación local (en el estado de Michoacán) que prevé la nulidad de la elección cuando se rebasan los topes de gastos de campaña.

El razonamiento desplegado para determinar que fue infundado el agravio hecho valer por la autora consistente en rebasar los topes de gastos de campaña tuvo su origen en el propio marco jurídico constitucional que regula dichos gastos. Así, los magistrados encontraron suficiente aludir a las disposiciones constitucionales y legales para evidenciar la no configuración de este agravio. En primer lugar, los magistrados efectuaron una interpretación respecto del objetivo que se buscó al fijar los topes en los gastos de campaña, que no es otro que el propiciar equidad, equilibrio y certeza en los procesos electorales. En segundo lugar, se dio la razón jurídica por la cual no se pueda acreditar la irregularidad que hace valer el actor; esto es, porque constitucionalmente el acceso a los tiempos de radio y televisión por parte de los partidos políticos se otorga en los tiempos oficiales destinados al Estado, por lo que no pudo haber existido erogación por parte del Partido Acción Nacional por la transmisión de los promocionales en los que aparece Iridia Salazar.

Además de ello, los magistrados recurren a consideraciones doctrinarias para fortalecer su argumentación, como es el caso de las investigaciones de Lorenzo Córdova, por lo que los juzgadores coinciden con su pensamiento sobre que una de las finalidades de la reforma constitucional de 2007 fue fortalecer la equidad en la competencia como principio rector de todo proceso electoral democrático e impedir que los intereses privados irruman disruptivamente en las elecciones.²⁹¹

Por otro lado, sobre la argumentación desplegada para decretar la inoperatividad del agravio que le causa a la parte actora la participación de Iridia Salazar Blanco en calidad de ciudadana en spots de televisión y radio

²⁹¹ *Idem.*

promoviendo el voto a favor del Partido Acción Nacional,²⁹² los decisores por cuestiones metodológicas, en primer lugar, analizaron detenidamente los spots referidos, a fin de encontrar alguna vulneración a la normatividad electoral que representara algún trato desigual para los partidos políticos. De dicho análisis se desprendió que los promocionales tienen la calidad de propaganda electoral en términos de las disposiciones legales en cuanto su contenido, ya que con los mismos sólo se puso a disposición del votante información sobre, por ejemplo, políticas públicas impulsadas por el Partido Acción Nacional invitando a los electores a votar por dicha institución política, situación que no refleja ninguna violación a la normativa en materia de propaganda electoral.

Algunas de las razones señaladas para determinar la juridicidad de los promocionales fue que en los mismos no se denigró a las instituciones ni a los partidos, ni se calumnio a alguna persona, por lo que se dio cumplimiento al artículo 41 constitucional, que establece las condiciones de ejercicio de la libertad de expresión en materia política. Así, el requisito de constitucionalidad en el ámbito nacional fue respetado, pero más aún, los decisores revisaron disposiciones de carácter internacional, observando que los promocionales cumplieron con la regulación externa, ya que el contenido de los mismos no atentó contra la seguridad o estabilidad nacional.

Bajo este contexto, los decisores entendieron que toda vez que los promocionales en donde aparece Iridia Salazar no vulneran las disposiciones constitucionales, supranacionales y legales, ya que su difusión no ocasiona perjuicio alguno al Partido Revolucionario Institucional, es perfectamente válido que el Partido Acción Nacional utilice la imagen de una personalidad pública para la promoción del voto a favor del propio partido.

Asimismo, no es problemático el que en los referidos spots se promuevan programas del gobierno federal; por ejemplo, sobre el combate al narcotráfico. Dicha situación queda justificada en tres razones señaladas por los decisores:

- La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha sostenido la legalidad del uso de programas sociales por parte de los partidos políticos para realizar propaganda política electoral, en tanto que estos programas fomentan el debate político entre partidos.

²⁹² Cabe aclarar que este punto se desarrollará con mayor profundidad en la parte conducente a la colisión entre principios; por ahora basta con especificar algunas consideraciones generales, sin analizar la argumentación jurídica de corte principalista desarrollada por los juzgadores.

- Las referencias a programas del gobierno federal en spots en televisión y radio propicia el conocimiento de la ciudadanía de las acciones del gobierno en turno, lo que se traduce en un razonado ejercicio de los derechos políticos de la población.
- Dicha situación trae como consecuencia mayor participación de la sociedad en el debate político de las acciones del gobierno, el escrutinio público, la crítica y valoración de las acciones del gobierno que respalda algún partido político, en este caso del Partido Acción Nacional.

Por otro lado, del análisis de los elementos que integran el promocional; es decir, la frases de Iridia Salazar sobre “que quiere que su bebé nazca en un país seguro en el que pueda hacer deporte y sin el peligro de las drogas y la invitación a votar por el Partido Acción Nacional en respaldo al Presidente de la República”, los juzgadores argumentaron que dichos elementos de contenido cumplen con los extremos del artículo 6o. de la Constitución; esto es, no se encuentra dentro de las excepciones para el ejercicio de la libertad de expresión (que se ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público).

La justificación para llegar a esta conclusión fue la siguiente:

- Sobre el límite de no afectar la moral, si bien no se puede hablar de una moral pública coincidente con todos los individuos en la sociedad pluralista de valores, queda la idea de una moral crítica particular. Así, en un Estado constitucional de derecho es necesario que una limitación a la libertad de expresión por afectar la moral deba ser evidente. En el caso en concreto nadie consideraría un ataque a la moral el promocionar la protección a la vida, la maternidad y el deporte.
- Sobre la afectación al orden público, es evidente que el promocional no incita a la violencia o al conflicto social, ni se comete ningún tipo de ilícito penal.
- Sobre la afectación de los derechos de tercero, partiendo de la idea de que el conflicto de derechos en particular ocurriría entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad sin que sea el caso, pues la propia Iridia Salazar renunció a dicho derecho de intimidad al salir en el promocional; más aún, del análisis del promocional no se desprende que dañe algún derecho de otra persona.

Por último, referente a la cita de la parte actora de que existe legislación local que prevé la nulidad de la elección cuando se rebasen los topes de

gastos de campaña, los magistrados consideraron inaplicable tal legislación. El argumento en el que basaron su determinación fue concreto: si se está hablando de un proceso electoral federal para renovar el Congreso de la Unión, es evidente que la normativa aplicable es la federal. Así, la disposición que regula la nulidad de elecciones en una entidad federativa no puede regir los procesos electorales de una instancia federal.²⁹³

Hasta aquí el análisis sobre el razonamiento e interpretación efectuada por los juzgadores sobre la operatividad o no de los agravios señalados por la parte actora; no obstante, como se puede apreciar, aún no se analiza la parte que se estima más compleja en la sentencia del caso que se comenta; esto es, en donde se efectúa una ponderación de los principios en tensión y, por consiguiente, una argumentación de corte principalista. Dicho análisis será el cometido del siguiente punto.

- b.* Tratamiento de la colisión de los principios de equidad electoral, libertad de expresión y sufragio universal, y la justificación efectuada para optar por la prevalencia de alguno de ellos

Como ya se ha referido, el Partido Revolucionario Institucional, como actor en el caso que se comenta, reclama la afectación al principio de equidad electoral, el cual entiende se ha generado derivado de los spots en radio y televisión en los que aparece Iridia Salazar, lo que en palabras del actor se traduce en una desigualdad en la contienda electoral que pone en duda la elección pública efectuada.

Partiendo de tal hipótesis, tendríamos una tensión del principio de equidad electoral con el de libertad de expresión y de sufragio universal, puesto que es la imagen y las expresiones de Iridia Salazar lo que al decir de la parte actora afecta al multicitado principio de equidad; de esta manera, debería anularse la votación efectuada por los ciudadanos. Ahora bien, la pregunta que ayudaría a iniciar el análisis es: ¿cómo abordaron la tensión de los multicitados principios los magistrados? Una primera respuesta es que los decisores partieron de la verificación de la afectación o no del principio de equidad, para lo cual argumentaron en los siguientes términos:

- Existe una disposición constitucional que fija los parámetros de equidad en la asignación del tiempo en comunicación social que

²⁹³ Sentencia ST-JIN-7/2009. Actor: Partido Revolucionario Institucional. Autoridad responsable: 08 Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral en el estado de Michoacán, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.

les corresponde a los partidos políticos, lo que incluye procesos o campañas electorales (artículo 41 de la Constitución).

- El Instituto Federal Electoral es el órgano encargado para la administración del tiempo que corresponde al Estado en radio y televisión destinado a sus propios fines y al ejercicio del derecho de los partidos políticos.
- Existen disposiciones legales y reglamentarias (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, Reglamento de Radio y Televisión en materia Electoral) que regulan la distribución igualitaria a los partidos políticos de tiempos en radio y televisión en momentos de precampaña y campaña.
- Los partidos políticos tuvieron la posibilidad de elegir la estrategia en medios de comunicación a utilizar durante sus campañas, dentro del número de spots asignado a cada uno conforme a la normativa. Así, pudieron optar en igualdad de condiciones por utilizar figuras públicas o, incluso, a los propios candidatos.
- De los registros y gráficas sobre los spots televisivos y radiofónicos en los que aparece Iridia Salazar se aprecia que los mismos disminuyen en la parte final de la campaña electoral, por lo que no se intentó captar a los ciudadanos indecisos. Así, no es apropiado afirmar que su presencia en medios fue determinante para el sentido de la votación, como lo afirmó la parte actora en el asunto que se comenta.
- El Partido Revolucionario Institucional tuvo conocimiento y consintió la distribución de espacios en radio y televisión precisados mediante Acuerdo del Comité de Radio y Televisión, y aprobado por el Instituto Federal Electoral.
- Las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias no prohíben a los partidos políticos utilizar en sus campañas electorales a figuras públicas, ni el uso como les parezca del porcentaje del tiempo que les otorga el Instituto Federal Electoral, lo cual en todo caso constituye una decisión dentro de la estrategia publicitaria del propio partido.

Ahora bien, tomando como respaldo las anteriores consideraciones jurídicas y fácticas, el juzgador electoral concluyó que no existió afectación al principio de equidad, ya que la distribución de tiempos en radio y televisión fue desarrollada respetando este principio constitucional, en virtud de que la propia normativa exige al Instituto Federal Electoral administrar los tiempos atendiendo al criterio de división 70% en razón de la fuerza elec-

toral y 30% de manera igualitaria. Así, todos los partidos políticos tuvieron el tiempo que en equidad les correspondía,²⁹⁴ además de que el Partido Revolucionario Institucional estuvo en posibilidad de utilizar y ejercer una estrategia y campaña electoral como la desarrollada por el Partido Acción Nacional (utilización de figuras públicas), lo cual no hizo por determinación propia, y no porque se le haya impedido legal o fácticamente.

Por otro lado, por lo que hace a la argumentación sobre el principio de sufragio universal, los juzgadores recurrieron al análisis de los requisitos legales para la procedencia de la anulación de una elección dentro del contexto de las irregularidades referidas por la parte actora en la contienda electoral. Así, la defensa al triunfo del principio de sufragio universal se contiene en parte en la justificación efectuada para determinar que no existió afectación al principio de equidad.

Uno de los argumentos relevantes para justificar la vigencia del principio de sufragio fue el hecho de que aún en el caso de que hubieran existido irregularidades en el proceso electoral se tendría que verificar su impacto general en el resultado de las elecciones.

Aquí los juzgadores recurrieron a un criterio judicial del propio Tribunal Electoral, que refiere el equívoco de pensar que cualquier tipo de irregularidad electoral se traduce en la anulación de la elección; ello llevaría al absurdo de que la generación de todo tipo de faltas a las disposiciones que regulan los procesos de elección impediría el ejercicio del derecho de sufragio universal.

En síntesis, para los juzgadores, la imagen de Iridia Salazar Blanco en los spots no vulneró el principio de equidad, en virtud de que el acceso a medios de comunicación fue equitativo para todos los partidos políticos; más aún, no se apreció algún tipo de presión sobre el electorado con los promocionales, por lo que tampoco se puede decir que existió una afectación del principio de libertad de sufragio. Así, el resultado de la elección deriva de una contienda electoral consciente y respetuosa de tales principios.

Hasta aquí se ha desentrañado que no hubo violación al principio de equidad, como afirmaba la parte actora, lo que se traduce en la vigencia del principio de sufragio universal; no obstante, continúa en discusión la justificación del triunfo o no del principio de libertad de expresión. Para llegar a una determinación de este tipo es necesario analizar la justificación maximalista que los juzgadores elaboraron. Ello ayudará a comprender la importancia de una argumentación con principios, la cual, como se verá, no debe contentarse con sólo dar razones jurídicas, sino que debe propiciar un razonamiento abierto y consciente con nuestra contemporaneidad.

²⁹⁴ *Idem.*

A continuación se analizará la argumentación jurídica desplegada por lo que toca al principio de libertad de expresión, a fin de entender el sentido de la resolución o conclusión a la que se llegó en el caso Iridia Salazar.

Nadie negaría que la imagen y las preferencias políticas expresados por Iridia Salazar en los promocionales del Partido Acción Nacional constituyen nada menos que el ejercicio de la libertad de expresión contenido en el artículo 6o. constitucional, pues recuérdese que dicha libertad busca esencialmente la participación de los individuos en el desarrollo democrático de la misma sociedad.

Por otro lado, si se comparte una idea común en el ámbito internacional de que la libertad de expresión no sólo se integra por la posibilidad de expresar ideas o pensamientos, sino también por el derecho de la sociedad de recibir información necesaria para la toma de decisiones en el ámbito político, se tendría que reconocer un tipo de derecho de libertad de expresión de los partidos políticos, ya que al tener éstos como fin el promover la participación del pueblo en la vida democrática, su papel es fundamental en la presentación y generación de la información que los ciudadanos requieren para poder decidir de manera consciente y responsable.

Así las cosas, se tiene que los promocionales del Partido Acción Nacional representan el ejercicio del principio de libertad de expresión en sus dos vertientes: dar información y recibir información, principio jurídico necesario para el desarrollo de la opinión pública, de las instituciones y la consolidación de la democracia representativa en las sociedades heterogéneas.

De ahí que los órganos judiciales, cuando tengan en sus manos asuntos que involucren derechos fundamentales, como el que se comenta, deban realizar una argumentación jurídica minuciosa, a fin de evitar limitaciones arbitrarias o injustificadas del principio de libertad de expresión. De esta manera, los juzgadores que conocieron del caso Iridia Salazar partieron del criterio general de la Sala Superior del Tribunal Electoral en el sentido de que las limitaciones a los derechos fundamentales han de interpretarse en forma estricta, al mismo tiempo que los derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión) han de interpretarse en forma amplia o extensiva, a fin de potenciar su ejercicio.²⁹⁵

Ahora bien, el órgano decisor, consciente de la importancia de la libertad de expresión como elemento básico en la existencia de una sociedad democrática, se centró en justificar ampliamente su decisión, por lo que además de recurrir a criterios jurídicos nacionales, como nuestra Constitución o las interpretaciones dadas por el máximo tribunal del país, presentó algunas consideraciones desde el ámbito internacional, citando por ejemplo

²⁹⁵ *Idem.*

la jurisprudencia internacional de la Corte Europea de Derechos Humanos, que entiende a la libertad de expresión como una de las condiciones primordiales para el progreso y desarrollo de los seres humanos, o el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que concibe a la libertad de expresión desde dos dimensiones: como derecho individual de expresar un pensamiento propio, o como un derecho colectivo a recibir información.

Asimismo, a fin de enriquecer y ampliar el espectro argumentativo, se hizo referencia a posturas doctrinales que rescatan la importancia de la libertad de expresión, bajo los siguientes rótulos:²⁹⁶

- Instrumento para ejercitar y resguardar la forma de gobierno democrático.
- Piedra angular en las sociedades pluralistas, al permitir el diálogo entre los distintos puntos de vista.

Sin desconocer los anteriores criterios y argumentos señalados por los juzgadores, hay que recordar que la libertad de expresión, así como todos los demás derechos fundamentales, no son absolutos; si lo fueran, no cabría hablar de argumentación de corte principalista, pues no se podría afectar o restringir los mismos en determinadas circunstancias. De hecho, la propia Constitución, como caso especial, señala los supuestos en los que se puede limitar el derecho de libertad de expresión, por lo que cuando el derecho de libertad de expresión se encuentre en colisión con otro derecho fundamental siempre se tendría que mirar a dichos criterios constitucionales, y además a los internaciones (los cuales tienen como objetivo reducir al mínimo las limitaciones de la circulación de las ideas). De esta idea fueron los juzgadores al referir taxativas que han sido diseñadas para reducir al mínimo las posibles limitaciones a la libertad de expresión, como son: la existencia de una restricción previamente establecida, su definición expresa, la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas y que sean necesarias para asegurar los fines establecidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Como se puede observar, la argumentación desarrollada por los decisores fue de corte maximalista, ya que para justificar la no intervención del principio de libertad de expresión como consecuencia del ejercicio del principio de equidad aludieron tanto a razones jurídicas como a posturas

²⁹⁶ En el cuerpo de la sentencia del caso que se analiza se hace referencia a los siguientes trabajos: Medina, Cecilia, *La libertad de expresión*, 1998 y Ayala Corao, Carlos, *Comentarios constitucionales*. Véase Sentencia ST-JIN-7/2009. Actor: Partido Revolucionario Institucional. Autoridad responsable: 08 Consejo Distrital del Instituto Federal Electoral en el Estado de Michoacán, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>.

doctrinarias, a consideraciones fácticas, a criterios internacionales y a cuestiones sociales (piénsese en la recurrente cita al papel que tiene el principio de libertad de expresión en la sociedad contemporánea). Así, se observa un ejemplo de argumentación maximalista y sensible al contexto cultural. Dicha justificación fue cerrada con una razón de naturaleza formal (la necesidad de limitaciones expresas en la normativa), lo cual no debe extrañar en una argumentación de corte principalista, ya que ésta no implica el desconocimiento de las razones formales. Ya se ha ido adelantando que esta argumentación guarda relación con una argumentación jurídica abierta a reglas, principios y demás consideraciones útiles para mejorar la justificación de las decisiones.

Es así como los magistrados resolvieron en la sentencia confirmar los resultados consignados en el acta de cómputo distrital de la elección de diputados federales por el principio de mayoría relativa celebrada en el 08 Distrito Electoral Federal en el estado de Michoacán, así como declarar la validez de la elección en la que ganó la fórmula postulada por el Partido Acción Nacional, integrada por Jesús Alfonso Martínez Alcázar e Iridia Salazar Blanco.

D. *Comentarios*

Como se ha apreciado, el caso Iridia Salazar involucraba importantes principios para la consolidación del Estado constitucional de derecho, lo cual dificultó la argumentación jurídica, ya que no sólo se trataba de resolver un caso particular, sino de contribuir al desarrollo de las sociedades democráticas, las cuales esperan la mayor justificación cuando se habla de una posible afectación a principios constitucionales.

Asimismo, la argumentación jurídica desplegada en el caso Iridia Salazar fue de naturaleza maximalista del espectro jurídico, y ello implicó no sólo recurrir a consideraciones formales, sino a aspectos materiales, como fue la relevancia del principio de libertad de expresión en la consolidación de las sociedades democráticas.

A pesar de lo anterior, en la lógica de los juzgadores ante todo estuvo el respeto y la aplicación del principio de seguridad jurídica. Así, se observa que con una argumentación de corte principalista-maximalista, más que una posible afectación a la seguridad jurídica se buscaría su fortalecimiento, sobre todo cuando se trata de casos límite, en donde están en juego derechos fundamentales. Por ello, una lectura más abierta de lo que es el derecho no implica desconocer el papel de las normas jurídicas y de su aplicación.

En otro sentido, por lo que hace al principio de sufragio universal, se considera que la justificación de la vigencia de dicho principio es en parte limitada en cuanto al tipo y número de razones formuladas para sustentar su triunfo en el caso particular, ya que si bien se muestra un análisis detallado de los supuestos legales para decretar la nulidad de una elección, que en el caso en particular no se materializan, se podría haber fortalecido la argumentación al presentar un análisis y una justificación más amplia sobre la importancia de la vigencia de la elección, así como de los efectos paralelos en los diversos ámbitos que arrojaría el decretar su nulidad.

En síntesis, a pesar de que se llegue a pensar que el principio de sufragio universal en las sociedades contemporáneas, *prima facie*, tiene prevalencia sobre el principio de equidad en la contienda electoral, a fin de justificar ampliamente dicha prevalencia se deben presentar todas las razones posibles para concluir su triunfo, las cuales deben referirse no sólo a un análisis del esquema de requisitos legales para poder proceder a la anulación de las elecciones, sino también a consideraciones materiales, como podría ser la valoración de los efectos que se generarían en la credibilidad o confianza de los ciudadanos en los resultados electorales, sobre todo en países como México, en donde la participación ciudadana en los procesos electorales es considerablemente baja.

3. *El caso Witz Rodríguez (amparo en revisión 2676/2003)*

A. *Una precisión*

El caso Witz Rodríguez no es precisamente un buen ejemplo de argumentación jurídica de corte principalista, por lo que se podría cuestionar sobre el porqué de su inclusión. La respuesta sería que este caso se integra, porque se considera que es un asunto que pone de relieve las implicaciones sociales y jurídicas que generan decisiones que no se encuentran respaldadas con un amplio y adecuado aparato argumentativo. Lo anterior, a fin de generar cierta conciencia sobre la gran responsabilidad que hoy en día pesa sobre los juzgadores constitucionales a la hora de operar con derechos fundamentales.

En otro sentido, cabría adelantar que si bien el caso Witz Rodríguez no es un asunto que presente una colisión o tensión entre principios, ello no implica que no tenga importancia para la presente investigación, pues es evidente que existió una afectación de un principio constitucional, que según se piensa no quedó plenamente justificada, así que se debe resaltar este tipo de circunstancias, que pudieron evitarse con una adecuada justificación jurídica.

Bajo este contexto, de hecho, Carbonell ha señalado que la sentencia del caso Witz será desafortunadamente bien recordada como un ejemplo de la manera en que los mismos jueces constitucionales pueden asumir un papel de violadores de derechos fundamentales, en vez de ejercer sus tareas de protectores y defensores del orden constitucional.²⁹⁷

Por ello, las preguntas sobre las cuales girará el análisis del presente caso se formulan en los siguientes términos: ¿existe un mayor efecto ya sea positivo o negativo para la sociedad la resolución de asuntos que involucran principios?, y ¿la justificación jurídica de las decisiones en casos difíciles opera como un instrumento para legitimar y democratizar la función judicial, pues en ellos se aprecia un trabajo más completo y complejo? Dichas interrogantes no pretenden ser resueltas en este punto de la investigación; sin embargo, sí se buscará aclarar y obtener algunas ideas generales que operen como guías para encontrar las respuestas a estas cuestiones y otras más que surjan en el análisis.

B. Descripción del caso

Cabe decir que no se tendrá como intención precisar a detalle las cuestiones procedimentales del asunto que se analiza, puesto que son irrelevantes para la presente investigación. Así, únicamente se esbozarán los puntos esenciales para que de forma simple se pueda entender el problema implicado.

Todo comenzó en abril de 2001, cuando en una revista local de Campeche llamada *Criterios* el señor Sergio Hernán Witz Rodríguez publicó un poema, el cual se cita a continuación a fin de comprender mejor el caso:

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.

La asociación civil Lic. Pablo García Montilla, A. C., denunció ante la Secretaría de Gobernación que en la citada revista apareció publicado un texto en que se presume se comete ultrajante de la bandera nacional.

²⁹⁷ Carbonell, Miguel, “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 24, abril de 2006, p. 171, <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=021986>.

El Ministerio Público Federal inició la averiguación previa y consignó a Sergio Hernán Witz Rodríguez ante un juez de distrito, por la comisión del delito previsto en el artículo 191 del Código Penal Federal.²⁹⁸

El juez de distrito dictó auto de sujeción a proceso; no obstante, Sergio Hernán Witz Rodríguez apeló, pero el tribunal unitario confirmó el auto.

En contra de esta determinación del tribunal unitario y del artículo 191 del Código Penal Federal, se promovió un amparo indirecto ante otro tribunal unitario de circuito; sin embargo, dicho tribunal no entró al estudio del asunto.

En contra de dicho fallo, el señor Sergio Hernán Witz Rodríguez promovió un recurso de revisión, en la que un tribunal colegiado reservó jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, exclusivamente para conocer de los planteamientos sobre inconstitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal, exponiéndose que el mismo vulneraba la libertad de expresión y de publicación.²⁹⁹

C. *Principios en colisión*

Ya se ha referido que el presente caso no involucra precisamente una tensión entre dos principios constitucionales; no obstante, es evidente que hay una afectación a los principios de libertad de expresión y de publicación, principios que nuestra Constitución protegía bajo la denominación de “garantías individuales”.

Pero analicemos más. Se dice que no se trata de una colisión de principios, porque hasta donde podemos entender la “dignidad patriótica” (es el nombre con el que se podría representar el bien jurídico que se dañaría mediante el ultraje al pabellón nacional o al escudo nacional) no se contiene como un bien a proteger mediante algún derecho fundamental; es decir, no se conoce que exista algo así como un derecho fundamental de los símbolos patrios a favor de la nación, y que los miembros de la sociedad deban respetar. Parece entonces que la respuesta a la pregunta ¿qué principio o derecho constitucional protege la dignidad patriótica? sería hasta ahora ninguno,

²⁹⁸ Dicho artículo 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.

²⁹⁹ Para mayor abundamiento, dicho resumen puede consultarse en la propia sentencia elaborada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Véase Sentencia 2676/2003. Quejoso: Sergio Hernán Witz Rodríguez. Recurrente: Luis Raúl Ibáñez Domínguez, defensor público federal de Sergio Hernán Witz Rodríguez, www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Transparencia/.../11.doc.

por lo que es fácil concluir que no hay una colisión entre principios en el caso Witz Rodríguez.

Con todo, pueden existir reproches por parte de algunos sectores de la sociedad hacia poemas como el escrito por el señor Witz; sin embargo, ese tipo de reproches, al sustentarse en valores culturales (nacionalismo-patriotismo) serían objeto de una deliberación moral, más que de una argumentación jurídica, aunque claro, existe la posibilidad de argumentar en el ámbito del derecho mediante la referencia a valores; pero ello sería como referencia del fundamento de los principios jurídicos en tensión.

Más aún, la dignidad nacional que supuestamente se afectaría al ultrajar los símbolos patrios no puede ser pensada como un principio ni tampoco como un valor, puesto que la misma comparte la naturaleza de la dignidad en estricto sentido, la cual se instituye como una cualidad inherente a toda persona que no depende de ninguna consideración particular, social y temporal, ya que por el simple hecho de constituirse como ser humano se cuenta con ella; de ahí que la dignidad funja como base de los derechos humanos, por lo que a pesar de que pudiera comprenderse como sustento indirecto de los principios, no se puede por ello concluir que pueda entrar en conflicto con otro principio. Para ilustrar estas ideas se presenta el siguiente esquema:



En la base de la pirámide ubicamos a la dignidad humana, pues la misma sirve como sustento de las relaciones entre los individuos en las sociedades; en otro nivel se tiene a los valores, los cuales surgen de acuerdo con las formas de vida y expectativas de las mismas sociedades; en el siguiente nivel están los principios, los cuales encuentran su fuente u origen en los valores. Las reglas se hallan en la cima de la pirámide, y no precisamente por ser

lo más importante, sino porque surgen, o debería así acontecer, tomando como referencia todos los niveles que integran el esquema.

Cabría ahora precisar, como ya se ha referido, que a pesar de que se encuentre uno en el mundo de los valores es incorrecto pensar que el ámbito de despliegue de la argumentación jurídica es totalmente ajeno a éste. Si bien los textos sobre ética señalan que los valores son precisamente objeto de deliberación moral, no se debe perder de vista que la línea divisora entre principios y valores es muy sutil, por lo que en los casos considerados difíciles la argumentación jurídica primordialmente se desarrolla con principios, pero ello no impide que el decisor pueda hacer referencia a los valores vivientes en la sociedad en combinación con los principios constitucionales implicados, pues ¿no acaso se simpatiza con una argumentación jurídica pluralista de fuentes que vea todo el contexto del derecho?

Ahora bien, retomando el análisis inicial se considera que la referencia a la dignidad patriótica como bien jurídico que se intenta proteger no podría representar una colisión o tensión con el principio de libertad de expresión por los motivos que se han venido señalando, de modo que en vía de síntesis lo que se puede afirmar es que si bien los símbolos patrios de manera particular pueden representar un valor cultural de un determinado grupo social, valor que se puede caracterizar como “nacionalismo” o “patriotismo”, no cabe hablar de colisión entre principios en el caso en análisis,³⁰⁰ pero sí de una afectación directa a dos principios trascendentes en nuestra sociedad; esto es, los contemplados en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución, afectación que se justificó por la ofensa a un valor de identidad, hecho que nos lleva a considerar y a analizar la argumentación que se dio para explicar dicha afectación.

D. *Argumentación y sentencia*

Como primer punto se debe decir que el análisis y estudio del caso por parte de los ministros únicamente versó sobre la constitucionalidad o no del artículo 191 del Código Penal Federal en el contexto de la libertad de

³⁰⁰ Tal vez sería más adecuado reconocer un conflicto entre un principio constitucional y un valor cultural; no obstante, ello dificultaría la justificación. La cuestión sería optar por la deliberación moral o por la argumentación jurídica. De hecho, parece que los ministros en la sentencia intentaron resolver la cuestión al interpretar que los símbolos patrios están reconocidos y protegidos por la Constitución; pero surgiría la siguiente interrogante: ¿el que la Constitución regule una materia significa que ya es un principio constitucional? La respuesta es que no, pues si fuera así nuestra Constitución sería nada menos que un extenso catálogo de principios.

expresión, y no como pudiera pensarse sobre si el poema es en sí mismo el ejercicio de la libertad de expresión, ni mucho menos si su publicación encuadra en el delito previsto en el referido artículo 191.

La primera cuestión que se plantearon los ministros fue si existía o no una protección constitucional de la dignidad de la nación (por actos irrespetuosos de los símbolos patrios), y con base en ello poder hablar de un límite al derecho de libertad de expresión. Así, se puede apreciar una visión estrictamente formalista, preocupada por señalar que una afectación a un derecho constitucional sólo puede darse por otro de la misma naturaleza, lo cual es adecuado desde el punto de vista positivista, pero simplista desde otra visión del derecho.

Más allá de esto, lo que parece preocupante es la afirmación que hicieron los ministros respecto a que la existencia de preceptos constitucionales relativos a la dignidad de la nación implica forzosamente un límite a la libertad de expresión. Dicha aseveración debería haberse justificado con base en razones, las cuales no aparecen en la sentencia, por lo que tal afirmación se convierte en una falacia de petición de principio.³⁰¹

Los artículos que los decisores analizaron para desprender la interpretación de que la Constitución protege los símbolos patrios de “usos irreverentes y ultrajantes” fueron el 3o., 73, fracción XXIX-B, y 130 de la misma Constitución. El numeral 3o. establece que una de las funciones de la educación es la de fomentar el amor a la patria; el artículo 73, fracción XXIX-B, fija la facultad del Congreso de la Unión para legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo e himno nacionales, y el numeral 130 regula el impedimento a los ministros religiosos de agraviar, de cualquier forma, a los símbolos patrios.

Así, se puede decir que el asunto requería más que una simple interpretación, pues se trataba de un límite a un principio constitucional, por lo que es evidente que la sentencia adolece de una falta de argumentación. A lo más se puede hablar de una interpretación histórica, la cual sirvió como razón para limitar la libertad de expresión. De esta forma, los ministros se contentaron con acudir a los debates, iniciativas y dictámenes de la reforma al artículo 73 constitucional para fijar su postura, en el sentido de que de dicha regla es posible desprender que en ella se encuentra el fundamento constitucional para la existencia de los símbolos patrios y el fundamento

³⁰¹ Se debe recordar que la falacia de petición de principio consiste en suponer la verdad de lo que se desea probar. Para mayor estudio, véase Copi, Irving M. y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, trad. de Edgar Antonio González Ruiz y Pedro Chávez Calderón, México, Limusa, 2009.

constitucional para que su protección sea uno de los límites de la libertad de expresión.

Pero más allá de que no existe una argumentación jurídica en la sentencia (lo cual ya es muy preocupante), no deja de llamar la atención cómo se justificó un límite al derecho de libertad de expresión en una simple e inadecuada interpretación histórica, pues de una rápida lectura de la sentencia se puede fácilmente desprender que las razones que originaron la modificación al artículo 73 constitucional no fueron el proteger a los símbolos patrios de actos irrespetuosos, ni mucho menos limitar la libertad de expresión, sino más bien reglamentar la descripción, las características y el uso de la bandera, escudo e himno nacionales.

De ahí que la conclusión de los ministros (el reconocimiento de que existen los símbolos patrios y de que éstos merecen tutela respecto de actos irrespetuosos) no encuentra ni siquiera un apoyo en una interpretación histórica, pues como ya han señalado algunos autores, lo único que se puede desprender es que existía una preocupación por regular el diseño de los símbolos para homologar su uso; ahí la razón por la que se facultó al Congreso para legislar en dicha materia.³⁰²

Es evidente que en la justificación de la sentencia del caso de Witz se aprecia una justificación típica de operadores jurídicos con una tradición positivista, bajo este esquema se buscó y apeló a la intención del legislador para resolver el caso que se analiza. Así, en octubre de 2005, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de tres votos de los ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas (pues los ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza votaron en contra), negó la protección solicitada por Sergio Hernán Witz Rodríguez en contra de la promulgación y publicación del artículo 191 del Código Penal Federal, por considerar que dicho artículo representa uno de los límites de la libertad de expresión, por lo que quien ultraja a otro (en este caso a los símbolos patrios) no puede tener como respaldo la libertad de expresión.

La conclusión a la que llega la Suprema Corte de Justicia con base en su interpretación de tipo exegético se resume en tres puntos:

- 1) El delito previsto en el artículo 191 sí encuadra en una de las excepciones constitucionales que conoce el derecho a la libertad de expresión.

³⁰² Cruz Parceró, Juan Antonio, “De poemas, banderas, delitos y malas decisiones. La sentencia de la Suprema Corte sobre el caso Witz”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LVI, núm. 245, enero-junio de 2006, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=245>.

- 2) Los símbolos patrios sí están protegidos en el orden jurídico mexicano a nivel constitucional.
- 3) La expresión “ultraje” no es de tal modo vaga que violente la seguridad jurídica.³⁰³

En este sentido, el entendimiento de los ministros fue que al estar reconocida la protección constitucional de los símbolos patrios necesariamente debe entenderse como un límite a la libertad de expresión, por lo que se permiten ideas contrarias a dichos símbolos (ejercicio de la libertad de expresión), pero no injurias o ajar en contra de los mismos. En palabras de los juzgadores, no se castiga a la opinión disidente sobre los símbolos patrios o hablar en contra del escudo ni del pabellón nacional; más bien se prohíbe ultrajar, ofender o insultar a dichos signos de identidad nacional.

Lo anterior permite comprender que los ministros comparten una idea común sobre el aspecto no absoluto de la libertad de expresión, lo cual no es una novedad.³⁰⁴ La cuestión que, sin embargo, fue olvidada se refiere a la presentación de un razonamiento jurídico que justificara y convenciera de la afectación al principio de libertad de expresión.

Por otro lado, se considera conveniente representar la resolución del caso Witz en términos silogísticos. La misma podría contenerse en las siguientes proposiciones:

- El derecho de libertad de expresión es un derecho limitado por la Constitución.
- La Constitución protege a los símbolos patrios.
- ∴ En el ejercicio del derecho de libertad de expresión no se puede ultrajar u ofender los símbolos patrios.

Si algún lógico del derecho objetara el citado silogismo, en el sentido de que de las premisas no se sigue que deba restringirse la libertad de expresión por la regulación de los símbolos patrios, se le diría que efectivamente tiene razón, por lo que el silogismo sería inválido; no obstante, la cita del mismo tuvo como objetivo el representar la deficiencia de la conclusión a la que

³⁰³ Sentencia 2676/2003. Quejoso: Sergio Hernán Witz Rodríguez. Recurrente: Luis Raúl Ibáñez Domínguez, defensor público federal de Sergio Hernán Witz Rodríguez, *www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Transparencia/.../11.doc*.

³⁰⁴ En una sociedad democrática y pluralista nadie con un mínimo de entendimiento de su contexto podría hoy en día decir que la libertad de expresión es absoluta, pues ésta, al igual que todos los principios que convergen en las sociedades heterogéneas, tienen un alcance relativo y cambiante; es decir, el mismo se fija en cada caso particular.

llegaron los ministros en el caso que se comenta o, mejor aún, la invalidez de su sentencia desde el aspecto lógico.

En otro sentido, cabría recordar que algunos investigadores a propósito del realce que se hace en la sentencia del caso Witz al concepto de “ultraje del escudo o pabellón nacional de obra o palabra”, han señalado que cualquier observador imparcial podría concertar que tal concepto es una expresión tan ambigua que pudiera generar que los juzgadores actuaran con arbitrariedad al momento de su aplicación, por lo que se debería optar por determinar la inconstitucionalidad de la regla jurídica que establece tal concepto o por una interpretación conforme a la Constitución para evitar que su aplicación limitara los derechos fundamentales.³⁰⁵

Más aún, como señala Miguel Carbonell (siguiendo los postulados de Alexy), los juzgadores constitucionales pudieron llegar a declarar la inconstitucionalidad de la norma penal aplicando el principio de proporcionalidad, el cual señala que cualquier acto de autoridad que limite los derechos fundamentales es soportable en caso de que se respete el contenido mínimo del derecho.³⁰⁶

Hasta aquí con lo señalado sobre la argumentación jurídica del caso Witz (que como se observó no existió). Ahora, y a fin de abrir el camino al siguiente punto, parafraseando Carbonell, cabría pensar en la siguiente cuestión: ¿quiénes son los verdaderos ultrajadores, no de los símbolos patrios, sino de la propia Constitución?

E. *Comentarios*

El caso Witz es un buen ejemplo de la importancia de la argumentación jurídica en asuntos que involucran principios jurídicos, en los cuales se debería desplegar la máxima capacidad argumentativa por parte de los juzgadores, pues de ello depende el respeto de los derechos fundamentales en las sociedades democráticas.

Asimismo, dicho caso es además un ejemplo de lo que no se debe hacer por parte de los decisores; es decir, recurrir a falacias y omitir razones en sus justificaciones. Así, una sentencia como la analizada no es más que una sentencia inválida, claro, desde el punto de vista lógico, algo no menos importante que la validez positivista (sentencia emitida conforme a las reglas jurídicas).

³⁰⁵ Carbonell, Miguel, “Ultrajando la Constitución...”, *cit.*, p. 183.

³⁰⁶ *Idem.*

Ahora bien, se deben recordar las preguntas que se formularon inicialmente en torno a las cuales giraría el análisis. Parece que es hora de tratar de dar respuestas a las mismas. La primera cuestionaba sobre si existe un mayor efecto positivo o negativo para la sociedad la resolución de asuntos que involucran principios. Después del análisis del caso, la contestación es que efectivamente, en los asuntos que involucran principios existe la posibilidad de generar un efecto tanto negativo como positivo en la sociedad; por ejemplo, la concepción que se tiene de un derecho y de su forma de ejercerlo. Ello obedece a la propia naturaleza de los principios, como normas que exigen su máxima aplicación dentro de todas las posibilidades; sin embargo, lo que no es aceptable y entendible en este tipo de casos es la ausencia de argumentos y razones para limitar o no un principio jurídico.

De esta forma, las implicaciones sociales de la sentencia que se analizó no son minúsculas, pues marcan la idea que se tiene de la relevancia de la libertad de expresión. El efecto sencillamente es ejercer dicho derecho de manera desconfiada. Así, derivado del caso Witz, se considera que no pocos sentirán ahora algún temor por expresar sus ideas y publicarlas si se trata, por ejemplo, de cuestiones referentes a los símbolos nacionales.

La segunda pregunta cuestionaba: ¿la justificación de las decisiones en casos difíciles opera como un instrumento para legitimar o democratizar la función judicial, pues en ellos se aprecia un trabajo más completo y complejo? La respuesta es afirmativa, pues ahora se percibe que las sociedades democráticas no sólo son las que cuentan con mecanismos para que sus miembros elijan por vía del sufragio a sus gobernantes, sino que también son las que cuentan con jueces virtuosos, los cuales actúan siempre a fin de legitimar su función; esto es, de acuerdo con las reglas jurídicas y con la forma de vida y exigencias de su entorno. Así, tratándose de la función judicial, cada justificación debe buscar coincidir con el contexto jurídico y cultural; es decir, conciliando los valores de la sociedad pluralista; sólo así se generará un reconocimiento del derecho vigente y una legitimidad de la labor judicial, que no es menor a una la legitimación democrática generada vía votación.

Así, se piensa que nuestros ministros deberían entender que la justificación jurídica no es un simple requisito legal, sino un instrumento para legitimar y democratizar sus sentencias, por lo que su tarea no debería ser conformista (sólo apegada a la legalidad), sino más creativa y abierta al entorno del derecho, lo cual implicaría el más amplio respeto de los derechos fundamentales o, en todo caso, una extensa justificación de su limitación temporal, justificación que estuvo ausente en el caso que se comenta, lo que en última instancia (que ya es sumamente grave) propicia una desconfianza y deslegitimación social sobre la actividad judicial.

Además de ello, cabe precisar que los jueces constitucionales deben efectuar una función protectora de las minorías discrepantes, inclusive si las mismas son incómodas en algunos contextos, pues ello le imprime sentido a los derechos fundamentales. Así, no se debe perder de vista que tales derechos son nada menos que “derechos contramayoritarios”, por lo que los tribunales constitucionales, además de resolver colisiones entre principios, operan como mecanismos contramayoritarios en las sociedades pluralistas.³⁰⁷

F. *Voto de minoría de los ministros José Ramón Cossío Díaz
y Juan N. Silva Meza*

Pese a la posición pesimista que se tiene sobre la justificación de la sentencia del caso Witz, parecen rescatables las consideraciones que señalaron los ministros disidentes, por lo que, sin desconocer la ideología liberal que posiblemente esté presente en alguno de los juzgadores, cabría retomar algunos puntos del voto de minoría a fin de completar el análisis del caso. Los señalamientos que se comparten se resumen en los siguientes puntos:³⁰⁸

- La idea de que cuando un tribunal decide un caso de libertad de expresión, o, mejor, de un principio jurídico, está afectando no solamente las pretensiones de las partes en un asunto concreto, sino también el grado en que en un país quede asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones; es decir, la crítica libre, indispensable para la conformación de los Estados democráticos.
- La aclaración de que la libertad de expresión no es simplemente un derecho a expresarse, sino un derecho a expresarse libremente. Esto incluye la manifestación de ideas impopulares u ofensivas para ciertos sectores de la sociedad, siempre y cuando las mismas no se contengan en las limitaciones expresas que sobre dicho derecho marca la propia Constitución.
- El entendimiento de que si bien los símbolos patrios son ciertamente objetos dotados de un elevado contenido nacionalista para un número de mexicanos, ello no significa que todos los mexicanos,

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 185 y 186.

³⁰⁸ Para un mayor análisis dichos señalamientos pueden ser consultados en el respectivo voto de minoría. Véase Sentencia 2676/2003. Quejoso: Sergio Hernán Witz Rodríguez. Recurrente: Luis Raúl Ibáñez Domínguez, defensor público federal de Sergio Hernán Witz Rodríguez, www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Transparencia/.../11.doc.

bajo amenaza de sanción, deban conferirle un valor idéntico a los símbolos. Las diferencias de consideración a tales objetos constituyen el contenido esencial de la libertad de expresión; por ello, su restricción se catalogaría como la imposición de una visión patriótica que no todos comparten.

- La determinación de que la Constitución no incluye a la bandera y el escudo entre los bienes constitucionalmente protegidos, pues a pesar de que la misma menciona en algunos preceptos a los símbolos patrios, ello no permite considerarlos bienes protegidos y situarlos a un nivel comparable de los derechos fundamentales.
- La conclusión de que el artículo 191 del Código Penal Federal es violatorio de la libertad de expresar ideas y de escribir, ya que el mismo posibilita la sanción de conductas que no pueden relacionarse con la necesidad de evitar perturbaciones al orden o a la paz pública, ni de evitar que la gente incite a la comisión de delitos, ni con la necesidad de proteger la moral y los derechos de los terceros, que como se sabe son las excepciones o límites constitucionales a la libertad de expresión.
- La idea de que conceder el amparo al señor Witz no implicaba hacer una declaración general de inconstitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal, sino más bien declararlo inaplicable para este caso en el que estaba en juego la libertad de expresión. Así, el delito de ultraje a los símbolos patrios se mantendría en el Código Penal, y podría constituir la guía para perseguir penalmente las conductas que así lo ameriten.

II. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

1. Caso “Crucifijo” (*BVerfGE 93, 1*)

A. Descripción del caso³⁰⁹

El Ministerio bávaro de Instrucción y Cultura, con base en la Ley Bávara de Educación y Enseñanza, emitió el 21 de junio de 1983 el Reglamento de las

³⁰⁹ “El fallo de los crucifijos del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, trad. de Marta Salazar Sánchez, *Revista de Derecho Público*, núm. 60, 1996, pp. 164-166, en <http://www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/documentos/el-fallo-de-los-crucifijos.pdf>.

Escuelas Primarias en Baviera. Este Reglamento establece que en cada salón de clases de una escuela pública se debe colocar una cruz.

Unos padres de familia con una cosmovisión antroposófica del mundo (según la doctrina de Rudolf Steiner)³¹⁰ educan a sus hijos de acuerdo con dicha cosmovisión.

Desde que la hija mayor de los padres de familia ingresó a la escuela, se quejan de que en los salones en que se imparten las clases cuelgan crucifijos y a veces cruces sin cuerpo, lo que en opinión de los padres está generando que su hija sea influida por el cristianismo, situación que se aparta de su visión del mundo.

Los padres de familia exigieron el retiro del crucifijo y optaron por no enviar a su hija a la escuela mientras estuviera expuesta a ver el crucifijo.

La escuela resolvió momentáneamente el conflicto sustituyendo el crucifijo por una cruz más pequeña y sin cuerpo colocada sobre la puerta.

Las diferencias entre los padres de familia y la administración de la escuela revivieron por el inicio de la escolaridad de su segundo hijo, así como del cambio de clase, y finalmente de la escuela de su hija mayor, pues también había crucifijos en los nuevos salones de clase.

Los padres de familia, mediante la idea de no enviar a sus hijos a la escuela, lograron que la administración de ésta se comprometiera a colocar una cruz pequeña y sin cuerpo encima de la puerta; no obstante, la escuela no ofreció garantía de que el compromiso sería respetado en cada cambio de clase.

A fin de solucionar el problema de manera definitiva, los padres de familia intentaron mandar a sus hijos a otra escuela en Waldorf; sin embargo, por cuestiones económicas no fue posible.

Es así como en febrero de 1991 los padres de familia, en nombre propio y de sus hijos, interpusieron una demanda en contra del Estado Libre de Baviera, con la finalidad de que en todas las salas que visiten o sean visitadas por sus hijos fueran retiradas las cruces, solicitando una medida provisional, consistente en la remoción de los crucifijos.

El tribunal administrativo respectivo rechazó el fundamento del reclamo de los padres de familia. Por esta razón, los padres de los menores tuvieron que recurrir en reclamo constitucional ante el Tribunal Constitucional Fede-

³¹⁰ “La antroposofía se propone... abarcar el conocimiento de los llamados mundos suprasensibles y la comprensión de los enigmas de la existencia, los que ante todo se refieren a los anhelos más profundos del alma humana, esto es, al deseo de investigar lo eterno del alma humana y su relación con los fundamentos divino-espirituales de la existencia”. Steiner, Rudolf, Conferencia pública pronunciada en Elberfeld, Alemania, en 1922, en <http://www.mercurialis.com/RYFT/PDF/Rudolf%20Steiner%20%20Los%20Fundamentos%20de%20la%20Antroposofia.pdf>.

ral Alemán a fin de resolver el problema. El reclamo constitucional fue admitido por los juzgadores constitucionales con base en las siguientes razones:

- El fallo del tribunal administrativo constituye una decisión de última instancia.
- El reclamo constitucional es fundado en tanto que la decisión del tribunal administrativo infringe el artículo 19, IV, de la Ley Fundamental, que establece que toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial.
- La negación de la pretensión de los reclamantes es incompatible con las disposiciones de la Ley Fundamental, que establecen, por un lado, la libertad de creencia, y por el otro, que el cuidado y la educación de los hijos son un derecho natural de los padres.

B. Principios en colisión

En el presente caso queda claro que uno de los principios involucrados es el de libertad de creencia establecida en el artículo 4o. párrafo 1, de la ley fundamental, que a la letra señala: “la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables”.³¹¹

De esta forma, como lo refieren los juzgadores constitucionales, la libertad de creencia que protege el artículo 4o. de la Ley Fundamental permite al individuo determinar qué símbolo religioso reconoce y venera, y a su vez cuáles rechaza, por lo que al Estado no le está permitido ni prescribir ni prohibir un credo o religión.³¹²

Así, a primera vista la colocación de una cruz o crucifijo en los salones de clase de una escuela estatal obligatoria no confesional afectaría dicho principio, pero se debe avanzar más e identificar cuál es el otro principio constitucional que entraría en tensión directa con la libertad de creencia.

Para ello es necesario analizar la regulación sobre las escuelas y la educación en Alemania. Así, se tiene que conforme con el artículo 6o., párrafo 2, de la Ley Fundamental el cuidado y la educación de los hijos son un derecho natural de los padres y el deber que más prioritariamente les incumbe, por lo que la comunidad estatal velará por su cumplimiento, lo que se traduce en la obligación de los padres de educar y enviar a sus hijos a la escuela.

³¹¹ Schwabe, Jürgen (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 568.

³¹² *Ibidem*, p. 176.

Por otro lado, tenemos el artículo 7o. de la Ley Fundamental, que establece diversos principios básicos del sistema educativo alemán, los cuales se resumen a continuación:

- El sistema escolar en su totalidad está sometido a la supervisión estatal.
- Las personas que tengan a su cargo la educación de los menores tienen derecho a decidir sobre la participación de éstos en las clases de religión.
- La enseñanza religiosa será asignatura ordinaria en el programa de las escuelas públicas, excepto en las escuelas que se declaren no confesionales.
- Existe el derecho de erigir escuelas privadas; no obstante, las mismas deben contar con autorización del Estado para poder operar.
- Las personas que tengan a su cargo la educación de los menores pueden solicitar la creación de una escuela primaria privada interconfesional, confesional o perteneciente a una determinada postura ideológica, siempre y cuando no exista escuela primaria pública de este tipo en la localidad respectiva.

Las anteriores premisas nos llevan a entender que en Alemania existen escuelas públicas y privadas con enseñanza religiosa como asignatura ordinaria y con enseñanza religiosa sin que sea asignatura ordinaria; esto es, escuelas no confesionales, así como escuelas privadas con alguna orientación religiosa, conocidas como interconfesionales o confesionales.

En el caso en análisis se estaría hablando de una escuela pública primaria no confesional, por lo que si bien existen clases de religión, las mismas no se constituyen como una asignatura ordinaria, por lo que los estudiantes deben tener el derecho de elegir en asistir o no a clases de religión; es decir, debe haber opciones para los disidentes de la religión cristiana.

Otro punto relevante a considerar es que todo el sistema educativo lo maneja el Estado. De esta forma, como lo refieren los juzgadores constitucionales, el control estatal no sólo implica organizar la educación escolar y crear escuelas, sino establecer los objetivos de la educación y los planes de estudio, lo cual encierra que el Estado pueda imprimir alguna referencia o relación religioso-ideológica en dichos planes; ello si se recuerda el contexto en el que se da el caso de los crucifijos; esto es, en una localidad con una población de tradición cristiana, por lo que el Estado no puede ser ajeno a dicha forma de pensamiento. Recuérdese, por ejemplo, que en Baviera los procesos judiciales se conducían bajo una cruz en la época en que se desarrolló la problemática del presente caso.

De esta manera, se puede apreciar que la colisión de principios constitucionales en el caso en análisis se da entre el principio de libertad de creencia de los padres de familia y sus hijos y el principio de organización y control del sistema educativo por parte del Estado, ya que conforme al primero los padres pueden transmitir a sus hijos determinado credo y educarlos conforme al mismo, y con relación al segundo, el Estado puede optar por establecer una educación escolar con orientación religiosa diferente. Así se daría una colisión directa entre dichos principios, por lo que para determinar la prevalencia o no de alguno de ellos, en el siguiente punto se estudiará la argumentación jurídica desarrollada por los jueces constitucionales alemanes.

C. *Argumentación y sentencia*

A modo de introducción cabría mencionar que la argumentación jurídica desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán no se contentó con dar razones para optar por la prevalencia de alguno de los principios en tensión, sino más bien buscó armonizar los mismos, lo que nos genera la pregunta sobre la posibilidad de que el razonamiento jurídico principalista culmine con el triunfo de todos los principios en tensión. No parece fácil dar una respuesta a dicha cuestión, ni mucho menos afirmar que así deba acontecer. Analicemos más estas cuestiones bajo el contexto del caso de los crucifijos.

Los juzgadores constitucionales comenzaron por interpretar el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, que establece la libertad de creencia, por lo que señalaron que el mismo no sólo protege la libertad de profesar un credo, sino también la libertad de vivir y actuar de conformidad con las creencias religiosas. De esta forma, la decisión de optar por una creencia u otra corresponde al individuo y no al Estado, pues a éste no le está permitido prescribir o prohibir algún credo.³¹³

En este sentido, es indudable que dichas libertades se relacionan directamente con los símbolos con los cuales se representa alguna religión o credo. Así, el citado artículo 4o. permite al individuo determinar qué símbolos reconoce y venera, y cuáles rechaza.

Por otro lado, a pesar del citado sentido de la disposición fundamental, los juzgadores aclararon que la libertad de creencia en una sociedad que da espacio a diferentes credos no significa que el individuo tiene derecho a exigir que se le aparte de ciertas manifestaciones religiosas y sus representaciones simbólicas; sin embargo, una cosa es que en las sociedades pluralistas

³¹³ *Idem.*

exista confrontación de credos y sus variadas manifestaciones, y otra que el Estado contribuya a crear situaciones en las que los sujetos se mantengan expuestos a determinados símbolos religiosos.

Así, en palabras de los juzgadores constitucionales, el artículo 4o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, no sólo le prohíbe al Estado intervenir en las convicciones religiosas de los individuos o sus comunidades, sino que le impone el deber de asegurar un espacio dentro del cual puedan desarrollar su personalidad en el campo ideológico; más aún, la libertad de credo no confiere al individuo un derecho a exigir el apoyo del Estado para la expresión de sus convicciones religiosas, sino por el contrario, deriva el principio de neutralidad estatal respecto de las diferentes religiones y convicciones.³¹⁴

De esta manera, para los juzgadores, el papel del Estado frente a la libertad de creencia es de tolerancia, ya que en un Estado en el que conviven partidarios de diferentes convicciones religiosas sólo se puede garantizar el pluralismo ideológico si dicho Estado se mantiene neutral en cuestiones de credo, por lo que el mismo no puede poner en riesgo la paz religiosa en una sociedad; más bien debe dar a las diferentes ideologías un tratamiento igualitario.³¹⁵

En otras palabras, el principio de libertad de creencia de los individuos envuelve diversos principios que el Estado debe materializar en aras de contribuir al desarrollo de la personalidad en el ámbito de las creencias ideológicas en sociedades pluralistas. Estos principios son neutralidad e igualdad.

Ahora bien, de la interpretación conjunta que hacen los decisores respecto del artículo 6o., párrafo 2, frase 1, de la Ley Fundamental, que garantiza a los padres el cuidado y educación de los hijos, como un derecho natural, así como del multicitado artículo 4o., párrafo 1, de la misma ley, que para los juzgadores contempla también el derecho a la educación de los hijos en los aspectos religiosos, se corresponde que es asunto de los padres transmitir a sus hijos aquellas convicciones religiosas que estimen correctas, lo que también implica el derecho de los padres a mantener a sus hijos alejados de ideologías que les parezcan inadecuadas o perjudiciales.

Bajo dicho marco interpretativo, los juzgadores se concentraron en analizar el efecto de la disposición que ordena colocar cruces en los salones de clase, tomando en cuenta la obligación que tienen los alumnos de asistir a clases. Así, lo que se desprende de tales disposiciones es que el estudiante durante sus clases se encuentre confrontado por el Estado con símbolos que podrían apartarse de su forma de ver el mundo, sin la posibilidad de evitar

³¹⁴ *Ibidem*, pp. 176 y 177.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 177.

dicha confrontación; es decir, el estudiante se ve obligado a “aprender bajo la cruz”.³¹⁶

Las consideraciones que los decisores señalaron para sustentar que la colocación de las cruces en los salones se diferencia de las confrontaciones con símbolos religiosos que se tienen en la vida diaria fue porque éstas no provienen del Estado, sino que son consecuencia de la misma expansión de diferentes credos, y porque son más fácilmente evitables. Así, un individuo no puede evitar encontrarse con símbolos religiosos dentro del paisaje urbano, pero ello es un encuentro temporal, y no existe una obligación para que continúe confrontándose con los símbolos por un periodo relativamente prolongado.³¹⁷

Por otro lado, los decisores aludieron a que no es suficiente para convalidar la colocación de las cruces en los salones de clase el hecho de que a través de los años se hayan introducido numerosas tradiciones cristianas en los fundamentos culturales generales de la sociedad. Así, una confesión estatal con esos contenidos incide en la libertad religiosa.

Abundando más sobre dicho razonamiento, los juzgadores apuntaron al símbolo que representa la cruz; es decir, la referencia particular al cristianismo, al ser ésta la forma gráfica de la redención del hombre del pecado original. Para los cristianos y para los ateos, la cruz constituye una expresión gráfica de determinadas convicciones religiosas, por lo que considerar la cruz como una simple expresión de la tradición occidental sin relación a un credo constituiría una banalización del sentido de la cruz.³¹⁸

Por último, y respecto de la multicitada libertad de creencia, los decisores precisaron que no debe desconocerse la influencia que la cruz ejerce sobre los escolares. Las razones señaladas para llegar a dicha determinación fueron que la educación escolar no sólo sirve para instruir y desarrollar las capacidades cognitivas, sino también para promover el desarrollo de las capacidades efectivas y emocionales de los estudiantes. En tal contexto, la cruz adquiere su significado en el salón de clases, ésta tiene un carácter interperante y presenta los contenidos religiosos que simboliza como ejemplos dignos de ser seguidos; esto acontece respecto de personas que como consecuencia de su juventud son susceptibles de ser influenciadas, ya que no tienen sus convicciones completamente fundadas.³¹⁹

Pese a las anteriores consideraciones, cabría mencionar que los decisores constitucionales comparten la idea de que las restricciones al derecho

³¹⁶ *Idem.*

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 177 y 178.

³¹⁸ *Ibidem*, pp. 178 y 179.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 179.

de libertad de creencia deben necesariamente contenerse en la propia Ley Fundamental; sin embargo, no se comparte tal concepción, pues se considera que es posible a través del método de ponderación limitar temporalmente alguno de los principios en tensión, con independencia de que se contenga o no tasada la restricción en la ley suprema; de otra forma, el resultado de la ponderación tendría cabida únicamente bajo las restricciones constitucionales de los principios.

Más aún, el que no existan motivos constitucionales que permitan justificar una intervención al principio de libertad de creencia no es razón suficiente para concluir que no se puede limitar temporalmente un principio en caso de colisión con otro. La idea que se tiene es optar por una argumentación jurídica con una visión maximalista y consciente de todos los elementos que integran el derecho.

Hasta aquí se ha desarrollado la interpretación y argumentación efectuada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán por lo que hace al principio de libertad de creencia. Ahora, el análisis se centrará en el razonamiento efectuado a la luz del otro principio en tensión; esto es, el derecho del Estado para controlar y regular el sistema educativo.

En otro lugar ya se ha dicho que para los decisores constitucionales el principio de encomienda estatal en materia de educación incluye no solamente el crear escuelas, sino el establecer los objetivos de la educación, lo cual es totalmente independiente de los anhelos de los padres, por lo que la educación escolar y la familiar (que integra la convicciones religiosas) pueden entrar en conflicto; mejor aún, entran en conflicto en el presente caso. Así, para los juzgadores resulta inevitable que en la escuela las diferentes convicciones ideológicas de los estudiantes, derivado (por ejemplo) de la educación familiar, se enfrenten de forma importante.

Cabe mencionar que en el presente caso no se utilizó el método de ponderación para resolver la tensión de principios señalada, sino más bien se recurrió a otro principio para atender la colisión; esto es, al principio de concordancia práctica.

Así, es posible que el conflicto entre los diferentes titulares de un derecho fundamental y otros bienes protegidos constitucionalmente se resuelva mediante el principio de concordancia práctica, que exige que no se dé preferencia a una de las disposiciones en conflicto (maximizándolas a costa de las otras), sino que se procure lograr un equilibrio que proteja lo más posible todas las alternativas.³²⁰

Dicho esquema de solución de colisiones parece muy prometedor; sin embargo, no queda claro cómo podría tener vigencia en todos los casos un

³²⁰ *Ibidem*, p. 180.

equilibrio real entre principios. Así, si se recuerdan algunas de las características de los sistemas jurídicos, parece que con el principio de concordancia práctica se estaría buscando la coherencia de los sistemas jurídicos, lo cual no deja de ser una ilusión jurídica.

Con independencia de dichas consideraciones, en el caso de los crucifijos se trató de lograr un equilibrio entre principios. No obstante, dicho balance no exige al Estado (para el cumplimiento de sus funciones educativas) renunciar completamente a cualquier ideología, pues dicho Estado que garantiza la libertad religiosa y se obliga además a mantenerse neutral en dicha materia tampoco puede ignorar las convicciones y criterios en los cuales se sustentan las relaciones sociales. Así, la Iglesia y las tradiciones de pensamiento que se apoyan en ella no pueden ser indiferentes al mismo Estado, lo cual es válido especialmente para las escuelas en las que los fundamentos culturales se enseñan y transmiten.³²¹

Sin embargo, conviene recordar, como lo señalan los decisores, que en una sociedad pluralista es imposible tomar en cuenta por completo para la estructuración de la educación pública todos los conceptos educativos de los padres, más aún garantizar los aspectos negativos y positivos de la libertad religiosa en una misma institución estatal. De ahí que los padres de familia no puedan invocar, en el contexto de la escuela, en forma absoluta el derecho de libertad de credo.

De esta manera, conforme con el principio de concordancia práctica, el legislador local de Baviera debe buscar un compromiso razonable que pueda ser aceptado por todas las partes involucradas, por lo que para su reglamentación (poner en los salones de clases cruces o crucifijos) se puede orientar, por una parte, en el principio del Estado de controlar el sistema educativo, que en la esfera de las escuelas admite la influencia religiosa, y por otra parte, en el principio de libertad de credo, que ordenaría en caso de decidir a favor de una determinada forma de escuela, apartarse lo más que se pueda de coerciones ideológicas, por lo que ambas disposiciones deben ser analizadas en conjunto y armonizadas entre sí, ya que sólo habiendo concordancia entre los bienes jurídicos protegidos puede darse una solución conforme con la Ley Fundamental.³²²

Bajo las anteriores razones y con base en el multicitado principio de concordancia práctica, el Tribunal Constitucional Federal Alemán concluyó que al legislador local de Baviera no le está prohibido introducir elementos cristianos al reglamentar la configuración de escuelas primarias públicas, incluso si los padres no quieren una educación religiosa para sus hijos,

³²¹ *Idem.*

³²² *Ibidem*, p. 181.

y por la obligación que tienen de educar a los mismos no pueden evitar llevarlos a tales escuelas; no obstante, ello no implica que se pueda rebasar el límite indispensable de obligatoriedad; es decir, que la escuela deba cumplir sus funciones en el ámbito religioso con carácter misional o exigir que los contenidos religiosos sean considerados como obligatorios. En otro sentido, el cristianismo debe ser tolerante frente a las personas que conciben la vida de otra manera.³²³

Es así como los decisores constitucionales resolvieron que la colocación de cruces en los salones de clases sobrepasa los límites señalados para las orientaciones religiosas de las escuelas, pues el símbolo de la cruz no puede apartarse de su relación con las convicciones de cristiandad. Así, es erróneo equipararla con un simple símbolo de la tradición cultural de Occidente, ya que si bien ha tenido un papel en la conformación del mundo occidental, también sucede que no todos los individuos pertenecientes a dicha tradición comparten tal ideología, dándose el caso de que con base en el principio de libertad religiosa rechazan el cristianismo. Así, la colocación de cruces en los salones de las escuelas primarias públicas obligatorias es incompatible con la libertad de creencia, ya que no se trata de escuelas con orientación cristiana.³²⁴

Aunado a ello, para los juzgadores, la colocación de cruces tampoco se justifica con base en la libertad religiosa en su sentido positivo; es decir, el derecho que tienen los padres y sus hijos de optar por el cristianismo, ya que ello comportaría el resolver la colisión con base en el principio de mayoría en detrimento de las minorías, las cuales también tienen el derecho de libertad de creencia, que en este caso puede entenderse tanto en sentido positivo (tener una cosmovisión antroposófica del mundo) como en sentido negativo (rechazar las convicciones cristianas). Pensar de otra manera llevaría al absurdo de que los sentimientos de personas de otros credos tuvieran que ser relegados para que los estudiantes cristianos pudieran aprender bajo el símbolo de su credo las materias profanas.³²⁵

Como se ha podido apreciar, en el caso de los crucifijos se presentaron las razones para optar por la vigencia de los dos derechos en tensión, bajo el principio de concordancia práctica. Así, los decisores observaron que uno de los principios estaba excediéndose y afectando al otro, por lo que con la sentencia se trató de restablecer su concordancia, ya que, por un lado, se determinó que el Estado podía en los planes educativos introducir ideologías

³²³ *Idem.*

³²⁴ *Ibidem*, pp. 181 y 182.

³²⁵ *Ibidem*, p. 182.

o convicciones religiosas, y por el otro, que los hijos de los reclamantes no deben recibir su formación educativa bajo símbolos de algún credo; esto es, bajo un carácter misionero.

De esta manera, la decisión tomada por los juzgadores no implicó en estricto sentido la limitación del principio del Estado de establecer planes educativos con orientaciones religiosas, sino más bien armonizar dicha circunstancia con el principio de libertad de creencia de los estudiantes, por lo que en el caso de los crucifijos no se puede decir que triunfó un principio, puesto que se buscó la vigencia conjunta de los mismos dentro de los cauces mínimos de tolerancia, neutralidad e igualdad en los que se deben desarrollar.

D. *Opinión divergente de algunos jueces constitucionales*

A pesar de la conclusión de la mayoría de los jueces de que la colocación de cruces en los salones excede el principio del Estado sobre el control de la educación y, por tanto, vulnera el principio de libertad de creencia, tres de los jueces constitucionales opinaron que la colocación de tales cruces no viola los derechos fundamentales de los reclamantes.

De la opinión divergente formulada por los jueces llaman la atención algunos puntos que se consideran necesarios detallar, a fin de desprender algunos criterios útiles para la presente investigación, los cuales se precisarán en el punto relativo a los comentarios generales del caso en análisis.

Para los jueces disidentes, la decisión constitucional que se ha generado de la reclamación constitucional debe considerar la realidad del Estado Libre de Baviera. Así, por ejemplo, su Constitución establece que los fines de la educación son reverencia ante Dios y un profundo respeto a las convicciones religiosas, así como que en las escuelas primarias públicas los alumnos serán educados según los principios de la confesión cristiana.³²⁶

En palabras de los jueces disidentes, dicho cristianismo no debe ser entendido en sentido confesional, sino más bien como valores comunes a las confesiones cristianas, y que forman parte de la cultura occidental. De esta manera, la Constitución de Baviera no ha establecido que la educación deba estar marcada por una determinada ideología religiosa, sino más bien se trata del reconocimiento del cristianismo como un elemento que ha conformado la cultura occidental y que, por lo tanto, encuentra su justificación

³²⁶ “El fallo de los crucifijos del Tribunal Constitucional Federal Alemán...”, *cit.*, pp. 177 y 178.

frente a los ateos. Así, no se puede prohibir que la cruz simbolice en cada salón de clases esos mismos valores culturales.³²⁷

Por otro lado, para los jueces, la colocación de cruces en los salones de las escuelas no tiene un carácter misionero ni establece a los estudiantes la obligatoriedad de un determinado credo o comportamiento. Así, las escuelas están abiertas a otras cosmovisiones y contenidos religiosos. Por ello, la libertad de creencia no es vulnerada por la colocación de cruces; más aún, la educación es un campo que corresponde dirigir y ordenar al Estado, el cual puede fijar su contenido, como es la colocación de símbolos que correspondan a una costumbre difundida y que permita expresar el convencimiento religioso de la mayoría de los estudiantes (Tribunal Administrativo de Münster, sentencia de 1994).³²⁸

Por otra parte, resulta interesante la forma en cómo abordaron la colisión de principios los jueces disidentes. Así, para ellos los reclamantes no se apoyan en el ejercicio de la libertad de culto, sino que sólo reclaman la violación a su libertad de culto en sentido negativo, ya que no solicitan la colocación de un símbolo de su cosmovisión.

La cuestión sería entonces hasta qué punto deben tolerar los símbolos religiosos, a fin de lograr un equilibrio entre la libertad religiosa en su aspecto positivo y negativo. Así, la tensión se da entre el mismo principio, pero en dichos aspectos; para los decisores, la libertad de religión negativa no es un derecho fundamental superior que desplace las manifestaciones positivas de la libertad de credo, por lo que en caso de colisión entre ambos se debe partir de la idea de que el derecho de la libertad de credo no es un derecho a impedir la religión. El medio que nos da el equilibrio necesario entre ambos aspectos es, desde luego, la tolerancia.³²⁹

En este sentido, para los jueces disidentes, el mínimo de elementos obligatorios que los alumnos pueden aceptar no es excedido, ya que ellos no son obligados a realizar ejercicios religiosos o a comportarse de cierta manera frente a la cruz, pues mediante la colocación de la misma en los salones no se despliega una influencia de tipo misionera con respecto a las temáticas de la educación en el sentido de una propagación del contenido de cristianismo. Más aún, cabría considerar el contexto de Baviera, en donde los jóvenes se ven confrontados en todo momento con cruces, pues en dicha localidad se colocan las mismas en edificios profanos, como hospitales, hoteles y en casas particulares.³³⁰

³²⁷ *Ibidem*, pp. 178 y 179.

³²⁸ *Ibidem*, pp. 180 y 181.

³²⁹ *Ibidem*, p. 182.

³³⁰ *Ibidem*, pp. 182-184.

En síntesis, se puede decir que la opinión divergente de los jueces no hizo más que enriquecer el diálogo jurídico, ya que presenta otra postura sobre la respuesta que podría haberse dado al conflicto, la cual, si bien no tuvo el apoyo de la mayoría de los decisores, sí presenta una argumentación jurídica seria, que involucra diversas razones para sustentar el criterio divergente, las cuales se refieren a consideraciones tanto jurídicas como culturales (recuérdese la cita a las costumbres de Baviera de colocar cruces en diversos lugares). Así, restaría decir que con independencia de la opinión positiva o negativa que se tenga de dicho criterio divergente, lo relevante es que el mismo ejemplifica la complejidad en la toma de decisiones y la diversidad de criterios que pueden surgir en los casos considerados difíciles, diversidad que debe resolverse en última instancia mediante el criterio de mayoría.

E. *Comentarios*

Como se ha podido observar, los casos límite como el analizado exigen un razonamiento jurídico complejo que involucre no sólo consideraciones de tipo jurídico, sino culturales y sociales. Más allá de esto, cabe señalar que el mismo pone de relieve diversos elementos a considerar para resolver las colisiones entre principios, los cuales se resumen en los siguientes puntos:

- Las colisiones entre principios se pueden tratar por el método de ponderación y además por el método de concordancia práctica, en el cual se debe buscar la vigencia y armonización de los principios en colisión dentro de las posibilidades del caso concreto; todo ello sin pretender lograr coherencia en el sistema jurídico, sino más bien equilibrio y optimización dentro del contexto del caso particular.
- Un razonamiento jurídico que mira hacia el principio de concordancia práctica muestra que el peso específico de cada principio no es absoluto, sino relativo, ya que no se trata de *un todo o nada*, sino de una tarea de optimización.³³¹
- Las colisiones entre principios considerados derechos fundamentales ocupan un lugar relevante en el análisis de la argumentación principalista; sin embargo, no se debe olvidar que también son relevantes los casos en los que la tensión se da entre un derecho fundamental de un individuo y un principio constitucional que rige el

³³¹ Pardo, Celestino, “Reivindicación del concepto de derecho subjetivo”, en Alexy, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 384.

Estado, lo que incrementa el campo de acción de la ponderación y argumentación de corte principalista.

- Las colisiones entre principios pueden involucrar también una problemática o tensión entre un mismo principio, pero en su aspecto positivo y negativo (este tipo de tensión se podría nombrar colisión interna), por lo que sería conveniente que los juzgadores, al momento de estudiar y resolver los casos, consideraran la posibilidad de una colisión de este tipo, a fin de generar una argumentación jurídica más completa que abordara todos los aspectos que pudieran contribuir a mejorar la decisión a tomar.

2. Caso *Benetton-publicidad ofensiva* (BVerfGE 102,347)

A. Descripción del caso³³²

Se trata de dos recursos de amparo promovidos por una compañía editorial en contra de dos sentencias del Tribunal Supremo Federal. Dichas resoluciones son consecuencia del procedimiento judicial que instauró la Central para Prevenir y Perseguir la Competencia Desleal en contra de la negativa de la compañía editorial de abstenerse de publicar algunos anuncios comerciales.

En las respectivas sentencias se dio la razón a las pretensiones de dicha Central, por lo que se prohibió la publicación de diversos anuncios publicitarios de la empresa Benetton por transgredir las buenas costumbres conforme a la Ley contra la Competencia Desleal.

Cabe precisar que la empresa Benetton, previo a la emisión de las sentencias, acudió a los tribunales civiles para oponerse a los requerimientos de la Central, sin tener éxito; no obstante, dicha empresa ya no interpuso recurso de amparo.

Los tres anuncios en cuestión de la empresa Benetton aparecieron en la revista *Stern*, en la que la recurrente es editora, los cuales se describen a continuación:

1. Se muestra un pato impregnado en petróleo nadando sobre un manto de petróleo.
2. Se muestra a niños de diversas edades realizando trabajos pesados en el tercer mundo.

³³² Schwabe, Jürgen, *op. cit.*, pp. 233 y 234.

3. Se muestra el trasero de una persona desnuda, en el que aparece estampado un sello con las palabras VIH-Positivo.

Al margen de cada imagen hay una franja verde con la leyenda *United Colors of Benetton*.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán admitió los recursos de amparo en contra de las dos sentencias atacadas por la recurrente, por lesionar su derecho de libertad de prensa garantizado por el artículo 5o., párrafo 1, frase 2, alternativa 1, de la Ley Fundamental, que a la letra establece:

Artículo 5o.

1. Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos.

La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura.

2. Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.³³³

De la anterior descripción del caso se pueden desprender dos circunstancias. La primera, que el asunto involucrara una valoración jurídica de publicidad con imágenes que aluden a hechos sensibles a la opinión pública; segundo, que se estudiara no sólo la posibilidad o no de restringir la libertad de prensa de un editor al prohibírsele la publicación de anuncios, sino también la restricción de la libertad de expresión de la que goza un tercer ajeno a la controversia; esto es, el anunciante Benetton.

B. Principios en colisión

Por lo que se refiere al primer recurso de amparo (sobre los anuncios del pato impregnado en petróleo y del trabajo infantil), en primer lugar se tiene el derecho de libertad de prensa del que goza la empresa editorial, así como el derecho de libertad de expresión a favor del anunciante (empresa Benetton), que se complementa con el primero, no siendo obstáculo para la vigencia del segundo el que dicha empresa no sea parte en la reclamación constitucional, como se verá en la parte argumentativa.

³³³ Énfasis añadido a fin de identificar el principio jurídico que la compañía editorial estimó vulnerado.

Por otro lado, existe el principio de protección a los consumidores, competidores y colectividad; esto es, un principio referente a las buenas costumbres que deben operar en materia comercial en el sentido del artículo 1o. de la Ley contra la Competencia Desleal; ello, tomando en cuenta que la Central para Prevenir y Perseguir la Competencia Desleal estima que los anuncios apelan a cuestiones sensibles para la colectividad con el fin de atraer los sentimientos de los individuos, por lo que no se debe permitir a los agentes económicos que obtengan ventajas respecto de sus competidores por medio de prácticas inadmisibles.³³⁴

Es así como se tiene que la libertad de prensa y la libertad de expresión, por referir situaciones generales de injusticia (contaminación ambiental y trabajo infantil),³³⁵ estarían colisionando con un principio de buenas costumbres en materia de competencia comercial, contenido en una ley general, por lo que en el presente caso se estaría hablando de una colisión entre un principio constitucional y un principio legal.

Aunado a lo anterior, para el segundo recurso (sobre el anuncio donde se muestra el trasero de una persona desnuda, en el que aparece estampado un sello con las palabras VIH-positivo) se tendría la colisión entre el multicitado principio de libertad de prensa y expresión con el principio de dignidad humana que protege el artículo 1o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, ya que con dicho anuncio se podría estar señalando y etiquetando a los enfermos de sida y, por lo tanto, excluyéndolos de la sociedad.

Como se observa, se trata de una tensión que requiere sopesar dentro de los parámetros particulares el valor de los principios involucrados. Así, estarían en juego la libertad de prensa y de expresión; las buenas costumbres en las prácticas comerciales (que al decir de los juzgadores de primera instancia han sido afectadas por los anuncios comerciales que aluden a problemas mundiales, y que buscan tocar fibras sensibles en el consciente de cada individuo), y la dignidad humana (derivado de la posible estigmatización de las personas con VIH).

C. Argumentación y sentencia

Como se ha observado en otras de las sentencias analizadas en el presente trabajo de investigación, la interpretación es un elemento relevante en los procesos argumentativos, ya que la misma, al aclarar el sentido de las

³³⁴ Schwabe, Jürgen, *op. cit.*, p. 235.

³³⁵ *Ibidem*, p. 234.

disposiciones, busca a la vez ir conformando las razones desplegadas en la argumentación. Así, en el caso Benetton, los juzgadores inician su justificación con la interpretación de los principios de libertad de prensa y de libertad de expresión, a fin de explicar su complementariedad.

Para los juzgadores constitucionales, en la medida en que la libertad de expresión de un tercero, que goza de protección constitucional, es publicada en alguna revista, la libertad de prensa comprende también dicha protección; en otras palabras, a una empresa editorial no se le puede prohibir la publicación de la expresión de la opinión de otro sujeto, en este caso de la empresa Benetton, cuando a la persona que emite dicha opinión no se le puede prohibir la manifestación y difusión de sus ideas.³³⁶

Resulta de lo anterior, que la empresa editorial podría, además de invocar la afectación a su derecho de libertad de prensa, la relativa al menoscabo de la libertad de expresión de los terceros sobre los cuales se pretende suspender la publicación de sus opiniones, ello con base en la estrecha conexión entre uno y otro principio.

Por otro lado, la cuestión que se tenía que despejar era si la libertad de expresión y prensa podrían abarcar anuncios comerciales, los cuales buscan otros fines ajenos a los que se pretenden generar mediante el ejercicio de dichas libertades; esto es, la conformación de conciencia política en los Estados constitucionales de derecho. Así, se podría pensar que la prohibición de publicar los anuncios de Benetton no implicaba la afectación de la libertad de expresión y de prensa.

A fin de resolver tal interrogante, los juzgadores constitucionales señalaron que la protección de la libertad de expresión y de prensa se extiende también a la expresión de una opinión de carácter comercial y a la publicidad, específicamente comercial y de negocios, ya que dichas expresiones pueden tener un contenido valorativo que influya en la creación de una opinión. Las tres imágenes controvertidas expresan una postura o concepción de situaciones generales: contaminación, explotación laboral infantil y discriminación, y encierran a su vez un juicio negativo respecto de cuestiones sociales y políticas preocupantes; son entonces imágenes emitidas con fines comerciales, pero que pueden servir además para crear una opinión. Así, para los decisores es innegable que la expresión de opiniones que de algún modo acaparen la atención de los ciudadanos hacia problemas generales goza de protección constitucional bajo el principio de libertad de expresión, y al que se agregaría correlativamente el principio de libertad de prensa.³³⁷

³³⁶ *Idem.*

³³⁷ *Ibidem*, pp. 234 y 235.

Más aún, resulta relevante el criterio de no exclusión al que hacen referencia los decisores. Así, el hecho de que alguien considere que a la empresa Benetton no le interese contribuir a la creación de opinión pública, sino simplemente destacar su imagen que da a conocer a través del logotipo plasmado en las representaciones visuales controvertidas es una de las muchas interpretaciones posibles, pero igual podría tratarse de la más alejada de la realidad, pues en la apreciación del público los mensajes que se desprenden de los anuncios son atribuidos a la empresa Benetton, por lo que bien se podría desprender una preocupación de los dueños de la misma por los contenidos de sus expresiones.³³⁸

El Tribunal Constitucional Federal Alemán argumentó también que los tribunales inferiores que emitieron las sentencias objeto de la reclamación constitucional al hacer el examen de los anuncios publicitarios bajo la perspectiva del derecho de competencia no tomaron en cuenta el significado y los alcances de la libertad de prensa; esto es, del innegable efecto irradiación de los derechos fundamentales. Para los decisores es claro que si una resolución, por ejemplo, de carácter civil, incide en la libertad de prensa o de opinión, se exige que los tribunales civiles consideren la importancia de este derecho fundamental a la hora de interpretar y aplicar el derecho privado.³³⁹

Sin embargo, en el caso concreto hubo un olvido de la extensión de protección de los derechos fundamentales, ya que se apeló especialmente a cuestiones de competencia desleal, que sin desconocer su importancia deberían analizarse a la luz de los principios constitucionales implicados.

Cabe precisar que el Tribunal Supremo Federal reconoció que los anuncios publicitarios constituyen la expresión de una opinión que tiene por contenido problemas de carácter económico, político y social, por lo que gozan de la protección del principio de libertad de expresión y prensa (opinión compartida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán); sin embargo, al decir de los juzgadores constitucionales, no deja de ser insatisfactorio el significado y extensión que los juzgadores inferiores le dieron a los referidos derechos fundamentales.³⁴⁰

Bajo este sendero, se considera que no basta con que se entienda y reconozca el contenido de crítica social de los anuncios publicitarios que caen dentro de la protección del principio de libertad de expresión y de prensa, sino que era menester que los juzgadores ordinarios reconocieran el efecto irradiación de los principios y resolvieran bajo dicho contexto. Así, al refe-

³³⁸ *Ibidem*, p. 235.

³³⁹ *Ibidem*, pp. 235 y 236.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 236.

rir los anuncios cuestiones relevantes de carácter social, era entendible que los mismos no sólo publicitarían una marca, sino que podrían crear algún otro efecto político en la colectividad, que merece protección en los Estados constitucionales de derecho.

La concepción de los juzgadores constitucionales es que en los Estados democráticos el derecho a la libre expresión de las ideas tiene carácter constitutivo, por lo que las restricciones a este derecho requieren estar justificadas a través de exigencias del bien común o de la protección de derechos de terceros. Lo anterior cobra especial importancia cuando se trata de la emisión de opiniones críticas sobre cuestiones sociales y políticas; sin embargo, en las sentencias recurridas no se aportan razones para justificar dichas restricciones.³⁴¹

De dicha concepción se comprende que para los juzgadores está justificado restringir un derecho fundamental por diversas cuestiones que no necesariamente se contienen en el contexto jurídico, pues de acuerdo con el artículo 5o. de la Ley Fundamental el principio de libertad de expresión y de prensa tienen sus límites en las disposiciones de leyes generales y en el derecho al honor personal, sin contenerse referencias al bien común. Así, resulta comprensible el reconocimiento de los juzgadores del campo de acción de la argumentación por principios que comprende el discurso jurídico, pero también el moral y político.

Por otro lado, sobre el principio de buenas costumbres en materia comercial, que bien puede abarcar la prohibición de conductas publicitarias que generen sentimientos de compasión a través de la representación de sufrimientos de personas o animales, explotando dichos sentimientos con fines de competencia comercial, cabría señalar algunas consideraciones iniciales dadas por los juzgadores para atender la colisión entre dicho principio y el de libertad de expresión y prensa:³⁴²

- Para que se actualice una actividad contraria a las buenas costumbres o se cause una molestia a la sociedad (que pudiera justificar una restricción a la libertad de prensa), no basta con que el público se vea confrontado por medio de imágenes que contengan escenarios desagradables o que generen compasión. Así, el desinterés de algunos ciudadanos sobre los problemas en el mundo no constituye una razón para que se restrinjan los derechos fundamentales de otros.

³⁴¹ *Idem.*

³⁴² *Ibidem*, pp. 236 y 237.

- Catalogar de origen como lo hizo la Central para Prevenir y Perseguir la Competencia Desleal a los anuncios publicitarios de Benetton como intrusivos y molestos, porque apelan con fuerza sugestiva (que no guarda relación con la actividad de la empresa anunciante) a los sentimientos de los consumidores, no resulta concluyente, por dos razones: *i*) la publicidad actualmente pretende estimular, llamar la atención y ganar simpatía mediante consideraciones emocionales, y *ii*) no hay justificación para afirmar que una interpelación a los sentimientos de compasión de las personas tenga efectos molestos para los consumidores.
- No cabe hablar de lesión a los intereses de la colectividad, ya que si bien la publicidad comercial que enmarca situaciones inhumanas puede fomentar las tendencias de insensibilización y afectar una cultura de solidaridad ante el sufrimiento ajeno, no puede determinarse necesariamente dicha afectación como consecuencia de los anuncios controvertidos.

Las anteriores consideraciones tomadas en su conjunto llevaron a concluir a los jueces constitucionales que el principio de las buenas costumbres en materia comercial, que según se ha dicho se refiere a que la compasión hacia el sufrimiento no debe ser explotada para fines comerciales, no es suficiente para justificar la prohibición a la empresa editorial de publicar los anuncios de Benetton, porque no se afectan los intereses de la colectividad ni de los particulares.³⁴³

Con todo, se puede decir que no existió una afectación como tal del principio de buenas costumbres como consecuencia de la publicación de los anuncios. Así, no se debe olvidar que al hacer referencia los mismos a temas sociales relevantes pueden fácilmente contribuir a la crítica pública, por lo que este tipo de manifestaciones deben ser protegidas por los juzgadores constitucionales si es que no existen razones para su limitación y con independencia de que las manifestaciones aporten o no una propuesta de solución a las problemáticas enmarcadas.

Por otro lado, para los juzgadores constitucionales, si bien tematizar problemas sociales en anuncios comerciales es extraño, ello no significa que se pierda la seriedad en el mensaje de Benetton a los ojos de un espectador imparcial. Así, el contexto comercial no elimina la crítica social.³⁴⁴

En otros términos, los anuncios publicitarios no pueden escapar a la diversidad de la sociedad. Así, los mismos pueden ser vistos por unos espec-

³⁴³ *Ibidem*, p. 237.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 238.

tadores sólo en su contexto comercial o con indiferencia e insensibilidad, pero también pueden ser percibidos como un medio que posibilita la crítica en la sociedad, por lo que no se debe, con base en criterios estrictamente comerciales, descalificar la importancia de este tipo de mensajes con contenido social y político, los cuales bien pueden contribuir a la generación de criterios sumamente valiosos para el desarrollo de los Estados constitucionales democráticos.

Es así como los juzgadores concluyeron mediante resolución del 12 de diciembre de 2000 respecto de uno de los recursos de amparo (referente a los anuncios del pato impregnado en petróleo y del trabajo infantil), que el Tribunal Supremo Federal, con la regla jurídica que señaló como fundamento de su sentencia, interpretó el artículo 1o. de la Ley contra la Competencia Desleal (principio de buenas costumbres) en un sentido que no resiste una prueba a la luz de la libertad de opinión, por lo que esa norma con esa interpretación no puede ser tomada para sustentar una afectación a la libertad de prensa de la empresa editora. Así, procede revocar la sentencia dictada en el juicio respetivo.³⁴⁵

Por otro lado, como se refirió al inicio, el caso Benetton se relaciona con dos recursos de amparo, por lo que restaría precisar algunas particularidades del segundo recurso, que se refiere al anuncio de la persona desnuda marcada con un sello de VIH-positivo. En este segundo procedimiento, la tensión se da entre el multicitado principio de libertad de prensa y el principio de dignidad humana contenido en el artículo 1o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, que señala lo siguiente: “la dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todos los Poderes del Estado”.

Como primer punto hay que decir que la sentencia de primera instancia y recurrida por la empresa editorial no se apoyó exclusivamente en el principio de buenas costumbres que se desprendió del artículo 1o. de la Ley contra la Competencia Desleal, sino que el anuncio publicitario (VIH-positivo) además se consideró como una práctica desleal, debido a que infringe en forma burda los principios de defensa de la dignidad humana.³⁴⁶

Bajo esta realidad, para los juzgadores constitucionales una interpretación del citado precepto en el sentido de que la publicidad que presenta imágenes que lesionan la dignidad de las personas es contraria a las buenas costumbres, no ofrece refutación alguna en el terreno constitucional. De esta manera, se daría un trato correcto a un bien jurídico protegido como la dignidad, lo que justifica restricciones a la libertad de opinión. Así, es in-

³⁴⁵ *Idem.*

³⁴⁶ *Idem.*

dudable que los anuncios comerciales que den a personas un trato discriminatorio que afecte su dignidad deben ser prohibidos, con independencia de que los anunciantes gocen del derecho de libertad de expresión.³⁴⁷

Sin embargo, para los juzgadores, la aplicación del principio de dignidad humana a los anuncios en cuestión no resiste un análisis a la luz del principio de libertad de opinión, por las razones que a continuación se señalan:³⁴⁸

- Los cánones impuestos por los derechos fundamentales envuelven que la manifestación de una opinión sea comprendida con base en su contexto, sin que se le fije un significado que no encierre, por lo que en el caso de expresiones equívocas, los juzgadores deben analizar las diversas posibilidades de significado. Así, el decisor de primera instancia interpretó el anuncio de VIH-positivo en el sentido de que se discriminaba y excluía a los enfermos de sida de la sociedad.
Sin embargo, el anuncio en cuestión no admite una interpretación unívoca, ya que señalar que con el anuncio se impulse la segregación social de personas infectadas con VIH no se consuma con certeza, pues bien podría también utilizarse el anuncio para promocionar campañas sobre el sida. De esta forma, atendiendo a la equidad del anuncio, no se puede negar una tendencia informativa, crítica o si se quiere un efecto sensacionalista, pero no sólo uno.
- La leyenda *United Colors of Benetton* como tal no suscita algún efecto de segregación que lesione la dignidad de las personas enfermas de sida; en todo caso, los efectos que logre producir serían de diversos tipos. Lo anterior se enmarca con la declaración del fotógrafo acerca de que con esta publicidad la empresa Benetton quiso dar a conocer que sigue preocupada por mostrar su compromiso en contra de la discriminación.

Por dichas razones, los juzgadores constitucionales emitieron su resolución el 12 de diciembre de 2000, en el sentido de que la sentencia recurrida en el juicio de amparo no cumple con las exigencias constitucionales establecidas para la protección de la libertad de opinión, pues el tribunal ordinario desconoció la posibilidad de que con el anuncio se pretendiera llamar la atención del público en forma crítica hacia la discriminación y se-

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 239.

³⁴⁸ *Ibidem*, pp. 239 y 240.

gregación, por lo que con esta interpretación no existe lesión a la dignidad de los enfermos de sida.³⁴⁹

A modo de síntesis, se puede afirmar que en el caso Benetton se señalaron diversas interpretaciones, criterios y razones que justificaron optar por la vigencia del principio de libertad de opinión; más aún, parece que en estricto sentido no hubo afectaciones a los principios de dignidad humana y de buenas costumbres en el ámbito comercial, como señalaba la Central para Prevenir y Perseguir la Competencia Desleal y confirmaban los tribunales ordinarios.

Por otro lado, cabe destacar que en la justificación de la decisión del caso en comento se hizo amplia referencia al aspecto contextual, que como se sabe ocupa un lugar relevante en la argumentación de corte principalista. Así, los principios cobran su vigencia o afectación temporal con base en todas las circunstancias imbricadas en el caso particular. Asimismo, se observó la relevancia que reviste para la argumentación jurídica el efecto irradiación de los principios constitucionales. En este sentido, se considera que si los juzgadores ordinarios que emitieron las sentencias recurridas hubieran argumentado y resuelto a la luz de los principios constitucionales, muy probablemente la empresa editora no tendría que haber acudido a los tribunales constitucionales. Aquí cobra interés la idea de control difuso de la constitucionalidad, que en nuestro país recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido, aunque se entiende que dicho control ya se desprendía del artículo 133 de la Constitución.

D. *Comentarios*

El análisis del caso Benetton resultó enriquecedor para la presente investigación, no sólo por mostrar la relevancia del aspecto contextual y de la correcta interpretación de los preceptos constitucionales que comportan para la argumentación jurídica de corte principalista, sino principalmente por el enfoque que se le dio al principio de libertad de expresión y por la visión equilibrada del razonamiento jurídico.

Es lugar común pensar que la libertad de expresión o de opinión no tiene cabida en anuncios comerciales. Así, la idea general es que dicha libertad se manifiesta esencialmente en foros o medios políticos, académicos, periodísticos o en propaganda electoral; sin embargo, el caso Benetton es un ejemplo de que la libertad de opinión puede expresarse en cualquier otro medio por extraño que parezca. Bajo esta premisa, si bien los anuncios co-

³⁴⁹ *Ibidem*, pp. 240 y 241.

merciales tienen como fin primordial promocionar productos y marcas, no se debe desconocer que los mismos pueden expresar o denunciar problemas sociales de importancia general que contribuyan a formar una opinión crítica en algunos espectadores, lo que sin duda debe ser objeto de protección constitucional bajo el principio de libertad de expresión.

De esta manera, el caso analizado enfatiza sobre las formas en las que se puede manifestar la libertad de expresión, por lo que es evidente que ahora se deben considerar todas las circunstancias posibles para su exteriorización; esto es, sin desterrar anticipadamente algún contexto por considerarlo inusual.

Por otro lado, el caso Benetton enmarca una argumentación jurídica de tipo equilibrista, la cual no se basa en consideraciones o posiciones unívocas, sino por el contrario, busca y presenta razones de cara a todas las opciones latentes. Una argumentación de este tipo considera el mayor número de soluciones aplicables al caso concreto, mediante el análisis del abanico de posibilidades, y opta mediante el razonamiento judicial por la más correcta y objetiva. Por ello, se estima que sería sumamente enriquecedor para el diálogo jurídico que los juzgadores actuales, al momento de resolver los casos paradigmáticos, consideraran todos los escenarios de solución latentes, a fin optar por el más conveniente, acorde con las circunstancias especiales del caso que tengan en sus manos.

3. *Caso expulsión de extranjeros (BVerfGE 35,382)*

A. Descripción del caso

El caso se desenvuelve dentro del contexto de diversas medidas administrativas adoptadas por las autoridades alemanas en contra de organizaciones árabes y palestinas, derivado de un atentado cometido por terroristas palestinos en contra del equipo olímpico israelí en Múnich.

En esta línea, existían diversos estudiantes árabes viviendo en territorio alemán. Uno de ellos además se encontraba casado con una ciudadana alemana.

La autoridad administrativa emitió diversas órdenes de expulsión para dichos extranjeros y las correspondientes resoluciones para su ejecución y cumplimiento inmediato. Los fundamentos de derecho de las órdenes de expulsión se contienen en el artículo 10 de la Ley de Extranjería. Dicho artículo enlista los supuestos de hecho para poder sustentar una expulsión

bajo el concepto jurídico del “considerable interés de la República Federal Alemana”.

Por su parte, los estudiantes extranjeros promovieron varias demandas ante tribunales administrativos en contra de las órdenes de expulsión y las resoluciones para su ejecución inmediata.

No obstante lo anterior, los tribunales administrativos preventivamente resolvieron aprobando la ejecución inmediata de las órdenes de expulsión, basándose en la idea de una sospecha general de un menoscabo considerable de los intereses de la República Federal Alemana, sin que hubiera concluido el proceso principal de los estudiantes extranjeros ante dichos tribunales con una sentencia definitiva.

Finalmente, los estudiantes extranjeros promovieron ante el Tribunal Constitucional Alemán diversos recursos de amparo en contra de las sentencias provisionales de los tribunales administrativos aludiendo violaciones de los derechos fundamentales de protección jurídica y del desarrollo de la personalidad, y además para el estudiante casado con una ciudadana alemana del derecho de protección al matrimonio y la familia, como se verá en el siguiente punto.

B. *Principios en colisión*

De forma introductoria, se debe precisar que con independencia de la calidad de extranjeros que tenían los estudiantes árabes en Alemania, los mismos contaban con diversos derechos fundamentales de conformidad con la Ley Fundamental, los cuales debían ser protegidos por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en caso de afectaciones injustificadas.

Así, en primer lugar se tiene que los estudiantes extranjeros gozan en Alemania del derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 2o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, que señala lo siguiente: “Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no se vulnere los derechos de los demás ni atente contra el orden constitucional o moral”.³⁵⁰

Asimismo, los estudiantes extranjeros gozan del derecho fundamental de protección jurídica a que se refiere el artículo 19, párrafo 4, de la Ley Fundamental, que a la letra refiere: “Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se dará re-

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 568.

curso ordinario, sin que esto afecte lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2 inciso 2^o.³⁵¹

Más aún, para el estudiante que se encontraba casado con una ciudadana alemana, se tiene que contaba con el derecho fundamental contemplado en el artículo 6o., párrafo 1, de la Ley Fundamental, que dispone lo siguiente: “El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal”.³⁵²

Bajo las anteriores premisas, se aprecia que los estudiantes extranjeros contaban con los siguientes derechos fundamentales implicados: el desarrollo de la personalidad, la protección jurídica y la protección al matrimonio y la familia.

Sin embargo, derivado de las órdenes de expulsión efectuadas por las autoridades administrativas alemanas, existió una afectación directa a dichos derechos fundamentales.

Dichas expulsiones se sustentaron, por su parte, en el principio jurídico de interés considerable de la República Alemana a que se refiere la Ley de Extranjería, que bien se podría identificar con el interés público de la nación alemana, interés que se encontraba en peligro con la permanencia de los estudiantes en territorio alemán.

Así, la tensión de principios se daría entre el principio del interés público de la República Federal Alemana (contenido en una norma de tipo legal no fundamental) y los diversos derechos fundamentales de los estudiantes extranjeros anteriormente señalados, por lo que dicha colisión debía resolverse mediante la ponderación ordenada entre el interés público de la ejecución inmediata de las órdenes de expulsión y el interés privado de los extranjeros de permanecer más tiempo en Alemania.³⁵³

Por otro lado, siguiendo la idea de los juzgadores constitucionales, cabría añadir que los principios involucrados en la colisión debían entenderse en concordancia con los principios del Estado de derecho y de proporcionalidad, que más adelante se precisarán.

C. *Argumentación y sentencia*

Para los decisores constitucionales, las sentencias impugnadas limitaban injustificadamente los derechos fundamentales de los recurrentes, referentes al desarrollo de la personalidad, la protección jurídica y la protección al ma-

³⁵¹ *Ibidem*, p. 575.

³⁵² *Ibidem*, p. 568.

³⁵³ *Ibidem*, p. 455.

rimonio y la familia, este último por lo que se refiere al estudiante casado con una ciudadana alemana. Dicha determinación se obtuvo del siguiente razonamiento jurídico:

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad se le ha atribuido también a los extranjeros en Alemania; por ello, la afectación a la libertad de establecer domicilio y residencia de los ciudadanos alemanes es aplicable a la vez a la permanencia de personas extranjeras en Alemania. La permanencia de personas extranjeras se garantiza sólo mediante el respeto al desarrollo de la personalidad por parte de los poderes públicos. Así, si bien el legislador es competente para reglamentar la permanencia y expulsión de los extranjeros, lo debe hacer dentro del orden constitucional; esto es, en consonancia con la Constitución.³⁵⁴

Más aún, en el caso de reglamentaciones de este tipo, el legislador debe tener en cuenta el principio de Estado de derecho, que exige que para afectar a algún particular con una intervención estatal se tiene que contar con una norma jurídica clara, la cual además debe considerar el principio de proporcionalidad.³⁵⁵

De la anterior apreciación de los juzgadores, lo que cabría rescatar no es el principio de Estado de derecho, sino más bien el principio de proporcionalidad, que debe ser tomado en cuenta a la hora de establecer o no una restricción para un derecho fundamental. Dicho principio implicaría en el caso concreto examinar la idoneidad de las órdenes de expulsión para proteger los intereses públicos de la República Federal Alemana, así como analizar, por un lado, los efectos positivos y negativos que se darían para el Estado alemán con la permanencia de los estudiantes árabes en el mismo, y por el otro, los efectos colaterales que se generarían en los estudiantes árabes al ser expulsados de Alemania.

Por otro lado, pese a la naturaleza legalista del principio de Estado de derecho, es evidente que en el caso en análisis surge un problema de interpretación de la disposición que establece la posibilidad de expulsar a extranjeros, ya que es muy impreciso el concepto jurídico de “considerable interés de la República Federal Alemana” contenido en el artículo 10 de la Ley de Extranjería. Por ello, para poder justificar la expulsión o no de los estudiantes extranjeros se tendría que recurrir al principio de proporcionalidad que complementa al del Estado de derecho, tal como lo efectuaron en su argumentación los decisores constitucionales.

En este sentido, es indudable que los presupuestos de hecho contenidos en el artículo 10 de la Ley de Extranjería no determinan obligatoriamente

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 456.

³⁵⁵ *Idem*.

te la expulsión, sino que la decisión debe obtenerse a través de un análisis de la autoridad, dando cabida así al citado principio de proporcionalidad, que establece que las intervenciones en la esfera de la libertad sólo están permitidas cuando sean necesarias para la protección de los intereses públicos. Así, para la aplicación de los supuestos de hecho contemplados en el citado artículo 10 se tiene que efectuar una ponderación entre el interés público de la nación alemana y los intereses privados de los extranjeros.³⁵⁶

Como se puede observar, el principio de proporcionalidad establece que se deben explorar, evaluar y sopesar todas las consideraciones y consecuencias posibles positivas y negativas antes de optar, por ejemplo, por la expulsión o la permanencia de los estudiantes extranjeros, lo que parece no se cubrió por parte de los tribunales administrativos.

Por otro lado, respecto del principio de protección jurídica a que se refiere el artículo 19, párrafo 4, de la Ley Fundamental, los decisores manifestaron que el mismo se torna ilusorio cuando los actos de autoridad afectan irreparablemente a los particulares; más aún, el citado principio de protección jurídica no garantiza el que se suspendan en todos los casos las pretensiones de la autoridad administrativa, pues puede acontecer que los intereses públicos justifiquen el que no se garantice la pretensión de una protección jurídica. Con todo, cabe referir que dicha situación debe ser la excepción. De esta forma, para los juzgadores constitucionales una práctica que invierta la regla; esto es, en la que se señale que los actos administrativos se ejecuten de inmediato, así como la sentencia que apruebe dicha situación, serían desde luego contrarias con la Constitución.³⁵⁷

Como se observa, la posibilidad de establecer límites al derecho de protección jurídica implica en todo momento justificar la excepción a la regla (que privilegia la vigencia de dicho derecho fundamental), con mucho, la finalidad es evitar una potencial arbitrariedad en la toma de decisiones.

Es así como para los juzgadores la ejecución inmediata de un acto administrativo (orden de expulsión) requiere de un interés público particular que lo justifique, lo que se debe sopesar con la pretensión de protección jurídica del particular, a fin de determinar cuál de los dos debe retroceder y ceder paso al otro principio de manera temporal; todo ello sin pasar por alto el que la pretensión del particular a la protección jurídica debe ser tan relevante como lo es la limitación a la que se pretende someter dicho derecho.³⁵⁸

Bajo dicho razonamiento jurídico, en la sentencia emitida por los juzgadores constitucionales de julio de 1973 se concluyó que las resoluciones

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 457.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 458.

³⁵⁸ *Idem*.

impugnadas de los tribunales administrativos sobre la ejecución inmediata de las órdenes de expulsión no cumplieron con las exigencias de justificación del interés público, pues la simple sospecha general de un menoscabo considerable de los intereses de la República Federal Alemana no justifica la expulsión de los extranjeros. Así, debe existir una sospecha fundada de que la permanencia de los mismos en territorio alemán genera un peligro latente para tales intereses, el cual se pretende eliminar con la expulsión y antes de que los extranjeros obtengan una decisión judicial sobre la legalidad de la orden de expulsión.³⁵⁹

Asimismo, se determinó que las decisiones impugnadas no se pueden despojar del hecho de que los perjuicios graves que se originan para los extranjeros con la ejecución inmediata de la orden de expulsión los afectan en la defensa y protección de sus derechos procesales ante los tribunales administrativos.³⁶⁰

Por último, los decisores constitucionales respecto al reclamante casado con la ciudadana alemana precisaron que la ejecución inmediata de la orden de expulsión limita el derecho fundamental de protección al matrimonio y la familia del que gozan ambos cónyuges, sin que existan razones para justificar tal afectación. Así, a pesar de que el tribunal administrativo haya partido de la idea de que la cónyuge puede seguir al recurrente al extranjero antes de que el mismo obtenga una decisión definitiva sobre su permanencia en Alemania, para los juzgadores constitucionales ello no corresponde al sentido de la garantía constitucional de protección al matrimonio y la familia, que en correlación con el principio de igualdad a que se refiere el artículo 3o., párrafo 2 de la Ley Fundamental, garantiza la protección de la pareja como una comunidad con iguales derechos.

Con mucho, para los juzgadores constitucionales, la expulsión del cónyuge extranjero obligaría al cónyuge alemán a optar por uno de los siguientes caminos: *a*) abandonar su patria para continuar con su matrimonio, o *b*) terminar con la relación marital a fin de permanecer en su país.³⁶¹

Pese a lo anterior, para dichos juzgadores, la orden de expulsión puede poner en peligro el matrimonio, pero no por ello se debe asumir que un matrimonio con un ciudadano(a) alemán(a) implica que se proteja directamente a los extranjeros de una expulsión sin que medie un razonamiento jurídico que sustente la no expulsión.³⁶²

³⁵⁹ *Idem.*

³⁶⁰ *Idem.*

³⁶¹ *Ibidem*, pp. 458 y 459.

³⁶² *Ibidem*, p. 459.

Así, para el caso del estudiante casado con una ciudadana alemana, el mismo proceso de toma de decisión debió implicar dos esquemas de ponderación, pues además de ponderar entre el principio de protección jurídica y el interés público del Estado alemán, se tendría que haber efectuado una ponderación entre los intereses del cónyuge alemán y del estudiante extranjero en su calidad de cónyuge, con el referido interés público para la ejecución inmediata de la expulsión, ponderación que no se realizó por los tribunales administrativas, por lo que la omisión en el proceso principal fue grave, ya que desencadenó una limitación a un derecho fundamental sin que mediara un razonamiento que la sustentara.

En síntesis, se puede decir que el caso en estudio resulta un tanto especial de acuerdo con la ponderación y argumentación que se ha venido analizando en la mayoría de los asuntos presentados a lo largo del presente capítulo. Se dice “especial”, porque no se observó un método preciso de ponderación entre principios. Así, más bien se percibió un razonamiento jurídico centrado en poner de manifiesto la falta de una justificación para optar por la prevalencia del interés general del Estado alemán sobre los derechos fundamentales de los extranjeros, sin que se presentaran de forma directa razones para justificar el triunfo de dichos derechos fundamentales.

En este sentido, los juzgadores constitucionales apostaron por argumentar en sentido negativo; esto es, destacando la ausencia de razones para determinar el triunfo del principio del interés público del Estado alemán y, de esta forma, mediante un criterio de tipo residual, optar por la no afectación de los derechos de los extranjeros en colisión, lo que no implicó un discurso jurídico totalmente indirecto, ya que sí se presentaron algunas consideraciones y razones para justificar su decisión de forma directa; por ejemplo, la referencia a los grandes inconvenientes que enfrentaría la cónyuge alemana con la expulsión del cónyuge extranjero; esto es, el tener que elegir entre abandonar su país o separarse de la comunidad marital, así como la imposibilidad de los extranjeros en defender sus derechos procesalmente en el juicio principal al ser expulsados de forma inmediata.

D. *Comentarios*

El caso *expulsión de extranjeros* resultó relevante para la presente investigación, en virtud de que mostró otro lado de la argumentación jurídica, que se podría denominar “justificación negativa” o “indirecta”. Así, el mismo se concentró en identificar la ausencia de razones para optar por la prevalencia de un principio jurídico, más que por ofrecer razones para justificar el triunfo de los otros principios implicados; lo anterior, si bien significa

que no hubo una ponderación de principios en estricto sentido, ello no se traduce en la falta de justificación jurídica. De esta manera, al identificar la inexistencia de razones para optar por el triunfo del principio del interés general del Estado alemán se estaba dando una razón de forma implícita, para optar por la no afectación o limitación de los derechos fundamentales de los extranjeros.

Por otro lado, también se estima relevante el caso en análisis, porque a través del mismo se puso de relieve una suerte de efecto expansivo de la argumentación, efecto que irradiaría en todos los órganos del Estado que tengan en sus manos una cuestión que involucre una tensión entre principios jurídicos; esto es, no sólo el juzgador constitucional; por supuesto, ello sin olvidar que este órgano sería el que establecería la decisión final en caso de inconformidad en vía constitucional.

El efecto expansivo de la argumentación se advierte del hecho de que los juzgadores constitucionales identificaran la inexistencia de razones que justificaran y sustentaran la decisión de las autoridades administrativas (incluidos por supuesto los tribunales con dicha naturaleza) de optar por la ejecución inmediata de las órdenes de expulsión.

Asimismo, llama la atención que el Tribunal Constitucional Federal Alemán se ocupara de precisar la relevancia de la justificación de las decisiones, así como por introducir el principio de Estado de derecho y de proporcionalidad que deberían haberse observado por los tribunales de origen para establecer, por ejemplo, el triunfo del principio jurídico de interés público sobre los derechos fundamentales de los extranjeros.

Por otro lado, resulta útil doctrinariamente el esquema argumentativo adoptado por los juzgadores constitucionales, en el cual se invoca el principio de proporcionalidad que debe o que debería dirigir la argumentación jurídica principalista. Así, se observa que los postulados que los juzgadores siguieron fueron los de la tesis de optimización formulada por Alexy. En este sentido, recuérdese que el principio de proporcionalidad se desprende de la propia definición de dicho autor sobre los principios jurídicos.

De esta manera, es evidente la forma en que cobra vigencia la teoría de optimización de los principios en el caso en análisis, pues en la parte sustancial del modelo argumentativo desarrollado por los decisores se hizo hincapié en la valoración de los principios en términos de las posibilidades fácticas y jurídicas en el sentido de Alexy; esto es, bajo los principios de idoneidad, necesidad y ponderación.

Asimismo, considerando el tratamiento y vigencia que se le dio al derecho fundamental de protección jurídica del que gozan no sólo los ciudadanos alemanes, sino también los extranjeros, cabría apuntar que en nues-

tro país recientemente se han logrado importantes avances en materia de protección de los derechos fundamentales de los extranjeros, ya que con la reciente modificación del artículo 33 de la Constitución se ha conseguido eliminar la limitación de algunos de los derechos fundamentales de los que deberían haber gozado en todo momento los extranjeros en territorio nacional; por ejemplo, el derecho a que “fueran oídos en juicio” previamente a que fueran expulsados del país.³⁶³

Con todo, a pesar de la vigencia actual de todos los derechos fundamentales de los extranjeros, que propició la reforma al mencionado precepto constitucional, hay que hacer notar que en todo caso el ejercicio de la facultad exclusiva que tenía el Ejecutivo de la Unión de hacer abandonar del territorio nacional a los extranjeros “sin necesidad de juicio previo” debía haberse entendido a la luz del principio de proporcionalidad como lo comprende Alexy, lo que de alguna manera implicaba que los poderes públicos se mantuvieran al margen de la arbitrariedad y conforme con el modelo de regla-excepción; es decir, la regla es el respeto hacia los derechos fundamentales de las personas, y la excepción su limitación temporal, ello si realmente se querían comprometer con el desarrollo y conformación del Estado constitucional democrático en este país.

III. LAS TENDENCIAS ACTUALES SOBRE CONVENCIONALIDAD DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Si bien en el presente capítulo se ha desarrollado principalmente la argumentación jurídica de alcance principalista efectuada por los tribunales constitucionales de México y Alemania, se considera necesario destacar además la actual doctrina del control de convencionalidad que ha venido desarrollando la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la región americana desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) hasta el caso contencioso en el cual desafortunadamente México tuvo una participación directa: *Cabre-*

³⁶³ Las limitaciones a los derechos fundamentales de los extranjeros eran evidentes en el artículo 33 de la Constitución Política, pues a pesar de que por un lado los garantizaba, por el otro los eliminaba. Recuérdese la facultad exclusiva del Ejecutivo para expulsar a los extranjeros del territorio nacional sin necesidad de juicio. El contenido del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos antes de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos era el siguiente: “Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. *Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución*; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y *sin necesidad de juicio previo*, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente”.

ra *García y Montiel Flores vs. México* (2010).³⁶⁴ Lo anterior, toda vez que al ser dicha doctrina un criterio rector para los juzgadores mexicanos en los casos que involucren limitaciones o afectaciones a los derechos humanos, se debe consecuentemente imbricarla con el modelo de argumentación jurídica de corte principalista.

Bajo este contexto, el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* es, me parece, el referente actual de la vigencia de la doctrina del control de convencionalidad. Por ello, cabría precisar los acontecimientos relevantes de dicha controversia. Así, y sin ánimo de exhaustividad, en primer lugar cabe indicar que el caso surge por el sometimiento de los señores Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores a tratos crueles y degradantes, mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del ejército mexicano; por las irregularidades ocurridas en el proceso penal que se siguió en su contra y en el que fueron condenados por los delitos de portación de armas de fuego sin licencia y de uso exclusivo del ejército y contra la salud en la modalidad de siembra de marihuana, y por la falta de una investigación adecuada de las alegaciones de tortura; ello, en virtud de que la investigación sobre la posible violación de derechos humanos se sometió a la jurisdicción militar;³⁶⁵ esta última situación generó la referencia a la doctrina de control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana.

Así, resulta relevante que en la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores* se hiciera referencia a la ausencia de la intervención del fuero común en la investigación de los hechos que posibilitaron la consumación del delito de tortura, la cual, en contraste, estuvo en el campo del fuero militar, además del señalamiento sobre la inexistencia de un recurso efectivo para impugnar la competencia militar, lo que se contrapone con la jurisprudencia constante y criterios generales emitidos por la Corte Interamericana, los cuales en resumen vienen a indicar que:

³⁶⁴ De forma cronológica se puede afirmar que desde el surgimiento de la doctrina del control de convencionalidad con el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), la misma se ha ido desarrollando por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes casos: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Boyce y otros vs. Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010); *Vélez Loor vs. Panamá* (2010); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010), y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).

³⁶⁵ Para un análisis más detallado del asunto, véase Sentencia *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 220, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de alegadas vulneraciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. Esta conclusión aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos.³⁶⁶

De ahí que la Corte haya determinado que el Estado mexicano violó, entre otros, el derecho a las garantías judiciales previsto en el artículo 8.1 y de protección judicial prevista en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambos en relación con la obligación de respetar los derechos, deber que se contiene en el artículo 1.1 del mismo instrumento. Más aún, para la Corte resultó evidente que el Estado mexicano, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, incumplió la obligación contenida en el artículo 2o. de la Convención Americana, que establece la obligación general de todo Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos.³⁶⁷

En otras palabras, es necesario que las interpretaciones de los juzgadores en México sobre la competencia de la jurisdicción militar se ajusten a los criterios establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana; por ejemplo, en las tres conocidas controversias en las que participó de forma directa México como responsable; esto es, los casos *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*, y que se reiteran en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*. Ello implica que para este último caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, orientar de inmediato el conocimiento de los hechos referentes a la consumación del delito de tortura, al fuero penal ordinario.³⁶⁸

Es así como el caso *Cabrera García y Montiel Flores* pone en evidencia la vigencia y el correspondiente desarrollo³⁶⁹ de la doctrina del control de con-

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 78.

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 79-81.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 88.

³⁶⁹ Es apropiado hablar del desarrollo de dicha doctrina, ya que el caso *Cabrera García y Montiel Flores* presenta algunas aportaciones al control de convencionalidad, como son el que el mismo deba ejercerse por todos los jueces, con independencia de su ubicación o no en el Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado o especialización, de ahí que algunos hablen ahora de control *difuso* de convencionalidad (se está pensando en el doctor Ferrer Mac-Gregor).

vencionalidad, la cual en palabras de los juzgadores interamericanos se explica en los siguientes términos:³⁷⁰

Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, *todos sus órganos, incluidos sus jueces*, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. En este sentido, *los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles* están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, *los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia* deben 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.

Con todo, para los efectos de la presente investigación se tendría que considerar con cierta cautela la doctrina sobre el control de convencionalidad, más precisamente el control difuso de convencionalidad que nos arroja el *caso Cabrera García y Montiel Flores*, y que el doctor Ferrer Mac-Gregor en su calidad de juez *ad hoc* detalla con mayor énfasis y optimismo al emitir su voto razonado sobre la sentencia del caso en comentario.

Para dicho juez, el bloque de convencionalidad quedaría subsumido en el bloque de constitucionalidad, o, mejor, todos los jueces, al realizar interpretaciones de las disposiciones constitucionales y legales, deben cuidar que sean conforme a la normativa convencional, e incluso a no aplicar aquellas que contravengan de manera absoluta el bloque de convencionalidad.³⁷¹

Se está totalmente de acuerdo con dicha complementariedad entre el control convencional y el control constitucional, ambos de carácter difuso, pues resultaría ciertamente limitado, si no es que sería de difícil realización,

³⁷⁰ Sentencia Cabrera García y Montiel, Flores *vs.* México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 220, p. 86, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Énfasis añadido a fin de precisar los cambios en la doctrina del control de convencionalidad, ahora conocida como del control *difuso* de convencionalidad, lo que obedece a que antes dicho control sólo lo podían efectuar los miembros del *Poder Judicial*; no obstante, como se ha referido, ahora se exige dicho control a *todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia* y en todos los niveles, lo que incluiría, por ejemplo en nuestro país, a los jueces locales de las entidades federativas, con independencia de que se encuentren o no actuando en auxilio de la justicia federal en términos del artículo 1o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

³⁷¹ Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 220, p. 22, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

el que, por ejemplo, un juez del orden común pudiera materializar el control de convencionalidad si se encuentra impedido para efectuar un control de constitucionalidad.

Para el contexto mexicano, cabría recordar que en la práctica judicial ha operado un control concentrado de constitucionalidad derivado de una interpretación jurisprudencial de 1999, que señala que el control difuso de la constitucionalidad de normas no lo autoriza el artículo 133 de la Constitución, esquema que ha sido abandonado, en mi opinión rectificado, recientemente con la resolución publicada el 4 de octubre de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación* y dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010, la cual tuvo como propósito general emitir una declaración sobre la participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Radilla Pacheco*.

En la referida resolución del máximo tribunal mexicano se determinó, entre otras cosas, un modelo de control de convencionalidad y de constitucional de carácter *difuso*, el cual implica que ahora todos los jueces del país están facultados para inaplicar o desaplicar las normas que consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones. Ello, en el entendido de que también existirán las vías de control constitucional directo de las que pueden conocer los órganos del Poder Judicial de la Federación mediante las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y el amparo directo e indirecto; de esta manera, una inaplicación de normas por parte de los jueces de los estados no significaría una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, ya que una determinación de esa naturaleza sólo puede decretarse por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con las acciones de inconstitucionalidad y, en algunos casos, con las controversias constitucionales, así como mediante la emisión de una declaratoria general de inconstitucionalidad en el supuesto de que los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se señale la inconstitucionalidad de una norma general, no así con el amparo directo e indirecto.

Pese a la referida determinación del máximo tribunal sobre la vigencia en nuestro país del control constitucional y convencional *difuso*, así como el optimismo del doctor Ferrer Mac-Gregor mostrado en su voto razonado de la sentencia del *caso Cabrera García y Montiel Flores* sobre que cualquier juez puede realizar un examen de conformidad de las normas internas (incluida por supuesto la Constitución) con la Convención Americana y la propia ju-

risprudencia que al efecto emita la Corte Interamericana, se piensa que la implementación de la doctrina del control de convencionalidad debe verse hoy en día con cierta prudencia, toda vez que nuestro contexto cultural jurídico aún no está del todo preparado para aplicar en todos sus términos un control difuso de convencionalidad.

En este sentido, se considera que poco o de nada sirve la existencia de una doctrina tan novedosa, si antes no se implementan verdaderos programas de capacitación y formación de los jueces nacionales que contribuyan al conocimiento de las disposiciones y criterios internacionales, así como a la conscientización sobre la importancia de la vigencia de los derechos humanos, como son los que se contienen para el sistema interamericano.

Bajo este sendero, a pesar de que la doctrina del control difuso de convencionalidad generaría un diálogo jurídico entre jueces nacionales e internacionales, el cual contribuiría a la realización de los derechos fundamentales, o más precisamente de los derechos humanos, no se debe ignorar la gran tarea sobre innovación judicial que exige dicha doctrina; por ello, antes de aplaudir y hacer eco del control difuso de convencional se estima que primero se debe mirar y atender el otro polo pendiente; esto es, transformar el actual esquema judicial del ámbito local, el cual en la mayoría de los casos es ciego a los instrumentos, criterios e interpretaciones jurídicos existentes más allá de las fronteras, pero aplicables al sistema jurídico mexicano; ello, por supuesto, si se quiere transitar de la teoría a la práctica convencional.