

El Colegio de México
Centro de Estudios Internacionales

**Un estudio de caso: la persecución legal de
Sergio Witz, un debate moral sobre la
libertad de expresión**

**Tesis que para optar por el título de licenciado en
Relaciones Internacionales presenta**

Guillermo Mena López

Director de la Tesis

Dr. Francisco Gil Villegas Montiel

México, Distrito Federal, 2011

Índice

Introducción.....	1
I. La dimensión moral de los derechos individuales.....	16
II. La racionalidad valorativa y procedimental de la Constitución.....	42
III. El constitucionalismo liberal y el constitucionalismo decisionista.....	52
IV. La defensa de la Constitución.....	69
V. El derecho a la libertad de expresión.....	88
VI. La decisión de la Suprema Corte de Justicia en el caso Witz.....	105
Bibliografía.....	129

Introducción

El propósito de esta tesis es presentar un estudio de caso que analice los alcances y los límites de la libertad de expresión en México. El estudio de caso se refiere a la negativa de la Suprema Corte de Justicia a otorgar la protección de la justicia federal a Sergio Witz Rodríguez, autor de unos versos que el ministerio público federal consideró constitutivos del delito de ultraje a los símbolos nacionales y motivo suficiente para iniciar acción penal en su contra.

Más allá del fundamento jurídico de la resolución de la Corte, el caso Witz representa un asunto rico en posibilidades de análisis y una oportunidad para reflexionar sobre la dimensión moral de los derechos individuales, así como para examinar la posición de la Corte en términos de su fundamentación valorativa.

¿Cuáles son las bases morales de la decisión del caso Witz? Esta es la cuestión que se aborda en esta tesis. La hipótesis central de esta tesis propone una respuesta relacionada con los fundamentos valorativos de los votos mayoritario y minoritario de los ministros de la Corte. Estos votos descansan en concepciones de moralidad pública opuestas que se identifican con tradiciones de pensamiento político que justifican, por un lado, el predominio de valores colectivos que defienden la homogeneidad social y, por el otro, abogan por el respeto a la autonomía individual y el pluralismo, así como el disenso que de ello resulta. En este orden de ideas, el voto mayoritario, escudado en una posición judicial restrictiva, acudió a una aplicación estricta del derecho que busca todas las respuestas en sus cualidades formales y excluye todo tipo de argumentación valorativa que cuestione la asimilación del derecho a la letra de la ley. El voto minoritario, por su parte, desde un activismo judicial, apoyó su razonamiento en argumentos propios de la materialización del derecho, que trascienden sus rasgos formales y que abren la justicia constitucional hacia alternativas valorativas favorables a la protección de los derechos individuales.

La demostración de esta hipótesis da pie a reflexionar sobre la fragilidad del consenso político y constitucional que vive nuestro país en lo que a libertades individuales se refiere, toda vez que el entramado constitucional otorga a la Suprema Corte de Justicia una posición eminente en el reconocimiento y protección de los derechos individuales.

A pesar que sólo es aplicable a Sergio Witz, la resolución de la Corte entraña un indicio sobre la vulnerabilidad de los individuos para ejercer sus derechos y hacerlos valer frente al Estado. Esto supone una advertencia inhibitoria para todos aquellos interesados en expresar sin trabas y sin consecuencias persecutorias sus ideas sobre los símbolos nacionales.

La protección constitucional fue denegada y esta circunstancia hizo patentes los atavismos que en materia de justicia política arrastra la Suprema Corte de Justicia. La brecha que se abre entre el texto de la Constitución y su aplicación cotidiana origina decisiones de la Suprema Corte de Justicia controvertidas. Estas decisiones sobre la constitucionalidad de determinados ordenamientos, como es en este caso el artículo 191 del código penal federal, suponen señales de una legitimidad cuyos cimientos descansan en una legalidad cada vez más alejada de una realidad compleja y diversa.

La importancia de esta reflexión pasa necesariamente por la vigencia efectiva del derecho a ejercer la libertad de expresión y, en última instancia, por el respeto del derecho al disenso y de la consiguiente tolerancia hacia los disidentes, circunstancias que pueden ilustrar la salud de los derechos individuales en México.

El derecho al disenso está de por medio. El voto mayoritario de la Corte descansa en un franco rechazo al pluralismo¹; con ello, dejó ver un horizonte

¹ Para los propósitos de esta tesis, el pluralismo es utilizado en dos sentidos. Por un lado, tiene que ver con la pluralidad de doctrinas que permiten al individuo reflexionar y elegir entre ellas sobre la mejor opción de lo que implica llevar una vida buena. Al

incierto por lo que se refiere al respeto y la protección de los derechos individuales. La pluralidad creciente de la sociedad mexicana fue ignorada abiertamente con el voto mayoritario de la Corte, lo que muestra que todavía es motivo de resistencia en las esferas constitucionales responsables de señalar límites al Estado y obligadas a defender la esfera privada de los individuos. Una lección concisa del caso Witz apunta a la ausencia de espacios para ejercer el disenso sin escapar al poder punitivo del Estado; en este sentido, quedan demostrados los costos de disentir. La diversidad moral de doctrinas que pueden ser incompatibles entre sí, circunstancia normal en un orden constitucional liberal, no ha permeado en algunos de los intérpretes máximos de nuestro orden constitucional.

El disenso es la esencia de la pluralidad y, en última instancia, la vigencia de los derechos individuales debe ser consecuencia del respeto al disenso. Desde este punto de vista, la Corte debe tomar en cuenta el principio de supremacía constitucional y aplicarlo bajo una óptica de pluralidad valorativa que procure el reconocimiento de los derechos individuales.

La tesis, en pocas palabras, encierra la defensa de la dimensión moral de los derechos individuales y, a propósito del derecho a la libertad de expresión, también implica un alegato a favor de una concepción de justicia política que abra espacios para quienes disienten y enriquecen con sus opiniones, la pluralidad de puntos de vista sobre lo que representa una vida buena.

respecto, resulta importante que los individuos puedan sostener y cuestionar sus propios valores sobre lo que significa llevar una vida buena; sin la posibilidad de revisar estos valores los individuos corren el riesgo de llevar una vida que erróneamente consideran buena. Los integrantes de una sociedad liberal deben tener acceso a las diversas formas de vida buena en un marco de libertad e igualdad. *Cfr. Infra.*, los capítulos III y V abordan de una manera más amplia esta primera acepción. Por el otro, tiene que ver con la pluralidad de cuerpos burocráticos que funcionen como medios necesarios para contener la expansión centralizadora del Estado moderno y proporcionarle a los individuos un margen de libertad para alcanzar sus objetivos. De esta manera, la actividad del Parlamento y la de estructuras burocráticas que contrapesen la expansión técnica del Estado contribuyen a dispersar el poder y a salvaguardar la autonomía individual. *Cfr. Infra.*, el capítulo III abunda en el desarrollo de esta segunda acepción de pluralismo.

La perspectiva del trabajo no es jurídica. En la medida que el derecho se encuentra a medio camino entre la moral y la política, este trabajo busca las respuestas en argumentos que los juristas consideran metajurídicos, es decir, razones de tipo moral y político.

* * *

Resulta útil referirse, aunque sea brevemente, a los vericuetos burocráticos que Sergio Witz Rodríguez recorrió a raíz de la publicación de su obra “Invitación (La patria entre mierda)”, para conocer el trayecto que su expediente recorrió antes de llegar a la Suprema Corte de Justicia.

El poema apareció publicado en la revista Criterios de abril de 2001. La asociación civil “Licenciado Pablo García Montilla” denunció el hecho ante la Secretaría de Gobernación, responsable de aplicar en el ámbito administrativo la Ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacionales. La Secretaría de Gobernación consideró que el asunto excedía su marco de atribuciones, por la presunta comisión de un delito. Por lo tanto, el expediente fue enviado al Ministerio Público Federal, quien inició la averiguación previa y consignó a Sergio Witz Rodríguez ante el juez de Distrito, mismo que dictó auto de sujeción a proceso, en octubre de 2002.

Witz Rodríguez apeló la resolución ante un tribunal unitario, sin embargo, éste confirmó la decisión del juez de distrito, por lo que Witz promovió un amparo indirecto ante otro tribunal unitario. La decisión del tribunal fue negar el amparo. Witz no se dio por vencido y presentó un recurso de revisión para combatir esa sentencia. El tribunal unitario, por su parte, reservó jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia para que determinara la constitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal, que tipifica el delito de ultraje a los símbolos nacionales.

Tres años después de que el juez de distrito dictara auto de sujeción a proceso, la primera sala de la Corte abordó el caso el 5 de octubre de 2005.

Por votación mayoritaria, la Suprema Corte de Justicia negó el amparo a Sergio Witz Rodríguez.²

El expediente de Witz fue remitido al juzgado de distrito. Éste dictó sentencia condenatoria tres años más tarde, en la que fijó al poeta una sanción económica mínima y una amonestación para no reincidir en la conducta por la que fue perseguido penalmente.

* * *

El asunto mereció una atención discreta por parte de la prensa escrita e inexistente en el caso de los medios electrónicos. No resulta extraño, por lo tanto, que el caso no haya generado una corriente de opinión a favor o en contra de los ministros de la Corte o del poeta. Mucho menos dio lugar a una polémica que movilizara a la opinión pública en relación al tema. En todo caso, medios como *Reforma*, *El Universal* y *Proceso*, destacaron los defectos de la resolución de la Corte y sus efectos adversos para el ejercicio de la libertad de expresión y para la democracia.

Los analistas versados en el tema, como Miguel Carbonell y Sergio López Ayllón, entre otros, fueron un poco más lejos. La decisión de la Corte fue, para algunos, un suceso risible en tiempos de democratización, explicable como resultado de la aplicación de un precepto obsoleto y, que llevó a "...que los tres de los cinco magistrados que condenaron al poeta campechano se involucraron en la Bandera ultrajada, lanzándose al campo del honor pero cayendo en el del ridículo".³ En opinión de otros, la decisión de la Corte destacó la vigencia de un clericalismo patriótico o republicano propio de los regímenes autoritarios, cuya misión es "limitar la expresión libre de las

²Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ejecutoria que resuelve el amparo en revisión 2676/2003 interpuesto por Sergio Hernán Witz Rodríguez (inconstitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal), fallado por la Primera Sala el 5 de octubre de 2005. En este documento se encuentran los antecedentes y resolutivos del caso.

³ José Antonio Crespo, "Patriótica ridiculez", en *El Universal*, 10 de octubre de 2005.

ideas, silenciar a sus herejes y emplear el poder del Estado para promover la obligatoriedad de su credo y su simbología”.⁴

Para algunos más, la decisión mostró a la Corte como un tribunal inexperto en asuntos de derechos individuales. “Era natural que con el paso del tiempo la Corte comenzara a prestar más atención a temas relacionados con los derechos fundamentales. Este giro temático, sin embargo, apenas se está comenzando a producir, con gran lentitud y con resultados en general más que desafortunados. A lo mejor es la falta de experiencia de los ministros en el tema o simplemente la ausencia de nivel argumentativo de la diligencia en el estudio, pero varias de las más recientes sentencias de la Corte en materia de derechos fundamentales han sido desastrosas”.⁵

También hubo opiniones más benevolentes que, no obstante, aprovecharon la oportunidad para tomar distancia del proceder de la Corte. “Cierto, ha sido el avance sustancial de la transparencia judicial la que hoy nos permite conocer –y controvertir- las razones de los ministros. Pero también es cierto que en sus decisiones, aunque siempre soportadas por argumentos jurídicos, la Corte revela diferentes concepciones del espacio democrático”.⁶

La circunstancia social y política del país exige que la Corte se involucre en la defensa de los derechos individuales. “Lo que más notablemente se echa de menos en el trabajo de la Suprema Corte es su papel en la identificación, definición y protección de los derechos fundamentales en México”.⁷

⁴ Jesús Silva-Herzog Márquez, “Clericalismo republicano”, en *Reforma*, 31 de octubre de 2005.

⁵ Miguel Carbonell, “La debacle de los derechos”, en *Reforma*, 4 de noviembre de 2005.

⁶ Sergio López Ayllón, “El poema y la bandera”, en *Reforma*, 4 de noviembre de 2005.

⁷ José Antonio Caballero, Sergio López Ayllón y Alfonso Oñate, “¿Adónde va la reforma judicial?”, en *Nexos*, número 342, año 28, volumen XXVIII, junio de 2006, p. 64.

A casi cinco años que la Corte tomó una decisión sobre el caso “Witz”, como era de esperarse, el tema ha desaparecido de los medios y sólo ha sido mencionado en algunas revistas académicas como *Nexos* e *Isonomía*.

* * *

El caso Witz colocó a la Corte en una encrucijada en un momento particularmente complicado. En aquellos momentos, el Poder Judicial en su conjunto y, la Corte en lo particular, entraban a una coyuntura caracterizada por un ejercicio de introspección sobre su naturaleza y destino. En diciembre de 2005, en la llamada “Declaración de Jurica”, los integrantes del “Sistema nacional de impartidores de justicia”, confesaron sus aspiraciones y sus carencias. Los juzgadores reconocieron que la imparcialidad y la neutralidad son elementos consustanciales a la función jurisdiccional para asegurar el apartidismo político de la administración de justicia, sin embargo, al mismo tiempo reconocieron de igual manera, la poca confianza ciudadana hacia los órganos de impartición de justicia.

En la medida que las tareas de la Corte se habían concentrado tradicionalmente en la solución de controversias constitucionales y de acciones de inconstitucionalidad, en materia de derechos humanos, la Corte había permanecido prácticamente inédita. De ahí que uno de los temas centrales en esta nueva reforma judicial debería ser la protección de los derechos individuales.

Por ello, sorprendió el sentido de la resolución del caso Witz, en donde la Corte asumió una posición restrictiva que mostró más inercias que novedades por lo que a la defensa de los derechos individuales se refiere. Puso al descubierto la permanencia de un constitucionalismo decisionista⁸, el

⁸ Para Carl Schmitt toda autoridad implica una decisión, de manera que la esencia del Estado se reduce a una decisión absoluta. La Constitución, más allá de ser una norma general, impersonal y positiva, es el resultado de una decisión política toda vez que no puede desligarse del contexto social y político en el que surge. El decisionismo es la respuesta que Schmitt dirige en contra del carácter apolítico de la burguesía,

predominio de una concepción de moral pública que coloca los intereses de la colectividad por encima de los intereses individuales y, de manera muy particular, la ausencia de protección a Sergio Witz por expresar sus ideas con libertad.

La decisión de la Corte confirma que el reconocimiento y respeto a los derechos individuales es una asignatura pendiente en la vida judicial, con un impacto importante en la vida social y política del país. Con este tipo de resoluciones, la Suprema Corte de Justicia se encuentra más cerca de posiciones integristas⁹ que descansan en argumentaciones intuicionistas y decisionistas, que desplazan a un tipo de constitucionalismo que favorece la libertad de expresión y el disenso.

* * *

Esta tesis inicia con una reflexión sobre la razón de ser de los derechos individuales. ¿El contenido de los derechos individuales tiene una dimensión moral o responde únicamente a las formalidades necesarias que decretan su existencia?

Por una parte, el capítulo destaca los rasgos de la concepción positivista del derecho que propone una separación entre la moral y el derecho, y sólo

protagonista del Estado liberal dominado por la economía y la técnica, y de una sociedad compuesta por individuos aislados que, desde una actitud nihilista son incapaces de tomar decisiones y entienden el mundo como una ocasión propicia para su realización. La circunstancia de la sociedad burguesa coloca a sus integrantes en un ocasionalismo anárquico que, lejos de someterse a un orden normativo, subraya la importancia de la decisión. *Cfr. Infra.*, capítulo III, para una discusión más amplia del tema.

⁹ Para los propósitos de esta tesis el integrismo es el rechazo de ciertos grupos a cualquier cambio en las doctrinas religiosas, filosóficas o políticas que ellos defienden con el fin de mantener inalterables sus valores y principios. La defensa intransigente de la pureza de estas doctrinas repudia cualquier diálogo sobre ajustes o modificaciones a las ideas que son consideradas como un aspecto fundamental de determinadas concepciones del bien o de la vida buena. En su rechazo al pluralismo, el integrismo implica una postura excluyente y dogmática hacia quienes no comparten su propia doctrina y una apuesta por el inmovilismo que las conserva estáticas e intactas frente a cualquier intento de discusión o revisión.

reconoce la existencia de los derechos que han sido creados por el poder legislativo bajo las formalidades correspondientes. Por la otra, desde el concepto de la materialización del derecho, este capítulo recoge la idea que los individuos tienen derechos frente al Estado para protegerse contra decisiones que descansan en argumentos contruidos por una mayoría

Los fundamentos valorativos de los derechos individuales tienen que ver con los rasgos de la moral que definen la posición del individuo en la sociedad. Desde un esquema de moral pública, el capítulo subraya la existencia de un modelo cívico que conjuga diversas tradiciones políticas que explican el papel del individuo en la comunidad política.

En otras palabras, las tradiciones democrática, republicana y liberal plantean diferentes concepciones en torno a los derechos, al Estado y, particularmente, a la identidad política de los individuos que buscan un lugar para actuar como ciudadanos y ejercer sus derechos frente al Estado.

* * *

El segundo capítulo parte de la idea de que la Constitución es el mejor ejemplo de un ordenamiento jurídico materializado, es decir, enriquecido por influencias externas a la racionalidad formal del derecho. ¿Hasta qué punto la materialización del derecho, apoyada en una racionalidad valorativa y procedimental, le proporciona a la Constitución una supremacía legítima?

La racionalidad que explica la naturaleza de la Constitución más allá de sus rasgos formales tiene un carácter doble: valorativo y procedimental.

Por una parte, la Constitución no sólo es la ley máxima de un sistema jurídico que organiza las funciones del Estado y que establece una jerarquía de normas jurídicas, también es la norma fundamental que marca límites a la acción del Estado y reconoce derechos individuales. Al cumplir esta última función, se convierte en el referente normativo más elevado gracias a que puede ser explicado y aplicado con la ayuda de principios que informan la

naturaleza y razón de ser del orden público. Estos principios dan lugar al constitucionalismo, que puede entenderse como la manera de concebir a la Constitución, al proporcionarle una orientación política que se enlaza con las tradiciones políticas del modelo cívico.

Por la otra, la Constitución también debe proponer los procedimientos que institucionalizan la aplicación de las normas y los principios valorativos que le dan coherencia al orden constitucional. Con el objeto de dar certidumbre a los destinatarios de las normas jurídicas, los procedimientos son piezas esenciales para incorporar los principios de orden moral al cuerpo formal del derecho.

En suma, los desarrollos sociales y políticos que conducen a la materialización del derecho son indicios de la necesidad de encontrar caminos para construir una relación interna entre la moral y el derecho, como el cimiento de una justicia constitucional que proteja los derechos individuales, con base en resoluciones que sean moral, política y jurídicamente sustentables.

* * *

La materialización del derecho se traduce en la orientación valorativa que anima a la Constitución. De esta manera, es posible referirse a dos formas de comprender a la Constitución desde un ángulo valorativo: el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo decisionista.

Los dos constitucionalismos subrayan, desde su propia perspectiva, el papel del parlamento en la vida política y la naturaleza de los derechos individuales. El tercer capítulo pone frente a frente las ideas que Max Weber y Carl Schmitt

desarrollaron a favor y en contra del papel que el parlamento desempeña en la racionalidad del Estado moderno.¹⁰

Este capítulo aborda el papel de los mecanismos parlamentarios en la creación de los derechos individuales, en cada uno de los modelos de constitucionalismo. En este marco, ¿en qué medida el funcionamiento del Poder Legislativo define la supremacía de la Constitución y los alcances de los derechos individuales? ¿Cuál es la posición de cada constitucionalismo para reconocer la existencia de los derechos individuales?

Por una parte, el constitucionalismo liberal destaca la importancia de la vida parlamentaria como un elemento central para evitar la centralización del poder, que se identifica con los fundamentos valorativos de la Constitución para proteger los derechos individuales y fijar límites a la actuación del Estado.

Por la otra, la obra de Carl Schmitt gira en torno a la idea principal de las decisiones fundamentales, según la cual, por ser determinaciones soberanas del “pueblo”, se convierten en elementos inalterables del texto constitucional.¹¹ Alejado del liberalismo, Schmitt propone un esquema constitucional que desconfía abiertamente del parlamentarismo y se refugia en la figura del estadista como protector de la integridad del marco constitucional.¹² Como es de suponerse, este marco jurídico sólo reconoce a los individuos los derechos que estrictamente produce el Congreso. En el fondo, el espíritu que anima este tipo de constitucionalismo no es más que la necesidad de centralizar el poder político y atajar cualquier intento de segmentación que ponga en riesgo la unidad del Estado.

¹⁰ El desarrollo de estas ideas se encuentra en Max Weber, “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada (1917-1918), en *Escritos Políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 2008 y en Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990.

¹¹ Ver Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 2003.

¹² Ver Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1987.

* * *

Cada uno de los constitucionalismos propone un camino para defender la Constitución. El capítulo cuarto inicia con una referencia general al debate suscitado entre Carl Schmitt y Hans Kelsen acerca de la identidad del órgano estatal responsable del control de la constitucionalidad.

A continuación, este capítulo aborda el problema de la defensa de la Constitución desde una óptica liberal y, en este sentido, resulta pertinente preguntar ¿en qué medida el funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia define la supremacía de la Constitución y los alcances de los derechos individuales?

Si bien es cierto que la vida parlamentaria cumple un papel decisivo para combatir la centralización del poder, no es menos importante la función que cumple la rama judicial en la preservación de pesos y contrapesos del equilibrio entre poderes. En este sentido, la Corte defiende la supremacía de la Constitución y, al hacerlo, está en condiciones de proteger los derechos individuales.

Para cumplir con esta tarea, la Corte aplica el texto constitucional, labor controvertida y compleja, si se tiene en mente la amplitud e imprecisión de las normas constitucionales. Por ello, la defensa de los derechos individuales sería incomprensible si la Corte no acudiera a la interpretación constitucional como la ruta más adecuada para hacer efectivo el respeto a esos derechos.

Por ello, el capítulo cuarto aborda el tema de la interpretación constitucional como una labor que trasciende necesariamente la letra de la ley y que aborda la consideración de aspectos morales para ofrecer justicia al individuo y defender sus derechos. La conclusión de este capítulo, por lo tanto, gira en torno a la importancia del liberalismo político¹³, entendido como el mecanismo de justicia más adecuado de las sociedades plurales. En pocas

¹³ Ver John Rawls, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

palabras, una plataforma normativa que le permita a la Corte decidir razonablemente sobre los asuntos políticos fundamentales, es decir, sobre la vigencia de los derechos individuales.

* * *

El capítulo quinto tiene que ver con el análisis del derecho individual a la libertad de expresión. ¿Cuál es la razón de ser del derecho que faculta a los individuos a expresar libremente sus ideas? ¿Hasta qué punto el Estado tiene una razón legítima para controlar la expresión de las ideas?

Considerada por autores anglosajones como una de las libertades máspreciadas del constitucionalismo liberal, el derecho a la libertad de expresión significa uno de los fundamentos más importantes de una sociedad en la que la pluralidad de puntos de vista y el control sobre el gobierno constituyen sus rasgos más sobresalientes, en la medida que favorece la deliberación de las ideas y la difusión de información que limitan los intentos estatales y sociales por censurar la expresión libre de las ideas.¹⁴

Al amparo del constitucionalismo liberal, el derecho a la libertad de expresión significa para el individuo un conjunto de ventajas, como la inmunidad en contra de la uniformidad moral y la protección frente a las opiniones mayoritarias que constituyen obstáculos para que el individuo pueda elegir las opciones de vida que considere más convenientes.

No obstante, el derecho a la libertad de expresión es objeto de regulaciones jurídicas que marcan sus alcances. Esto implica que las leyes que regulan la expresión de las ideas encierran compromisos entre la libertad y otros valores sociales existentes. Para ello, este capítulo toma como referencia diversos criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en

¹⁴ John Stuart Mill, *On Liberty*, New York, Gateway Editions.

torno a la Primera Enmienda de la Constitución de ese país para establecer los linderos de la libertad de expresión.¹⁵

* * *

¿Cuáles son los fundamentos morales de la resolución del caso Witz? Para responder a esta pregunta, el capítulo sexto resume las posiciones de cada uno de los ministros de la Suprema Corte de Justicia que argumentaron a favor y en contra para resolver la constitucionalidad del artículo 191 del Código Penal Federal y determinar la posibilidad de otorgarle o no a Sergio Witz la protección de la justicia federal.

En este sentido, el capítulo realiza una indagación valorativa de los votos mayoritario y minoritario que busca poner a la vista el fondo moral y político de cada uno de los votos. Para rastrear los motivos que llevaron a los ministros a defender sus posturas sobre el caso, hago referencia a las tradiciones políticas que animan sus razonamientos así como el constitucionalismo con el que se identifican.

Por lo que toca al voto mayoritario, resulta notable la unanimidad de opiniones de los ministros por defender a toda costa los valores colectivos que representan la unidad del Estado y de la sociedad por arriba de cualquier consideración en torno a los derechos individuales. En la mentalidad de los ministros del voto mayoritario no hay espacio para el individuo, a menos que sea concebido como un sujeto cuyos derechos deben someterse a la lógica de la unidad social o estatal o al dictado de las mayorías.

El voto minoritario, por su parte, expresado en el proyecto presentado por el ministro José Ramón Cossío, aunque consigue deslindar la solicitud de justicia de Sergio Witz de la confusión provocada por la indignación en contra

¹⁵ Ver a Rodney Smolla, *Free speech in an open society*, New York, Vintage Books, 1993; Cass Sunstein, *Why societies need dissent*, Cambridge, Harvard University press, 2003; Ellen Alderman and Caroline Kennedy, *In our defense. The Bill of Rights in action*, New York, Avon Books, 1992.

de la “profanación del lábaro patrio”, no logró convencer a los ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia para colocar el asunto en una dimensión adecuada, es decir, un caso en el que debió prevalecer la óptica de los derechos individuales.

Con el propósito de establecer un marco comparativo que sirva de contraste para conocer el tratamiento liberal a un problema similar y que destaque la existencia de alternativas morales al voto mayoritario del caso Witz, este capítulo agrega una referencia breve sobre el caso Texas v. Johnson, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1989. En dicho caso, la Corte concluyó que el hecho que Gregory Lee Johnson quemara una bandera norteamericana durante una manifestación política, suponía que lo había hecho en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, por lo que decidió colocar el derecho a la libertad de expresión por encima de la ley de Texas promulgada para proteger a los símbolos nacionales y exonerar de responsabilidad a Johnson.¹⁶

¹⁶ Ver a Rodney Smolla, *Free speech in an open society*, New York, Vintage Books, 1993; Robert Justin Goldstein, *Saving “Old Glory”: the history of the american flag desecration controversy*, Westview Press, 1995.

I. La dimensión moral de los derechos individuales

“Una afirmación de derecho presupone un argumento moral, y no se la puede establecer de otra manera”.¹⁷ Aunque los juristas no acostumbran referirse a los derechos en términos valorativos, es posible sostener que “una afirmación de derecho es una clase especial de juicio referente a lo que esté bien o está mal que hagan los gobiernos”.¹⁸

Desde una perspectiva positivista, sin embargo, uno de los supuestos básicos en los que descansa la estructura lógica del derecho es la oposición entre las normas morales y las normas de derecho.

Las normas morales son identificadas como reglas unilaterales, ya que en ellas, frente al destinatario de estas normas, no existe un sujeto autorizado para exigir su cumplimiento, por lo que también son conocidas como normas incoercibles. La bilateralidad de las normas de derecho, en cambio, al tiempo que imponen obligaciones correlativas de facultades, conceden derechos igualmente correlativos de deberes, circunstancia que, además, las hace coercibles.

Las normas morales son identificadas con la autonomía de la voluntad, en la medida que promueven el cumplimiento espontáneo de imperativos unilaterales e incoercibles, cuyo acatamiento está sujeto a la conciencia individual. Las normas de derecho, por contraste, responden a un carácter heterónimo, en consonancia con su naturaleza bilateral y coercible, en la medida que buscan un resultado en la conducta de otros, sin importar la autodeterminación de los individuos.

La dicotomía entre normas morales y normas jurídicas tiene como punto de partida una óptica positivista del derecho, según la cual, los individuos sólo

¹⁷ Ronald Dworkin, “Los casos constitucionales”, en *Los derechos en serio*, 5ª edición, Barcelona: Ariel, 2002, p. 230.

¹⁸ *Idem.*, p. 230.

tienen los derechos que el orden constitucional les reconoce y, en consecuencia, les permite ejercer. “El positivismo jurídico no acepta la idea de que los derechos puedan preexistir a cualquier forma de legislación: rechaza la idea de que a los individuos o grupos puedan adjudicárseles otros derechos que los explícitamente previstos en el conjunto de normas explícitas que componen la totalidad de la jurisprudencia de una comunidad”.¹⁹

En este caso, el derecho es un método que se apega a una formalidad cuyo contenido es un asunto con relevancia menor. “En cuanto problema científico, el del derecho es un problema de técnica social, no es un problema ético. El aserto “un cierto orden social tiene el carácter de derecho o es un orden jurídico”, no implica ningún juicio moral, en el sentido de que tal orden sea bueno o justo. Hay ordenamientos jurídicos que, desde cierto punto de vista, son injustos. Derecho y justicia son conceptos diferentes. En cuanto lo distinguimos de la justicia, el orden jurídico aparece como derecho positivo”.

20

Kelsen sostiene que el derecho sólo debe revisarse desde un criterio formal, sin considerar elementos sociales y psicológicos procedentes del mundo de los hechos. No interesa, sostiene, conocer el objeto o principios que el derecho busca proteger. Lo importante es el factor formal, ya que para Kelsen el derecho es forma y no sustancia, lo relevante es la protección, no lo que protege. De ahí que, al referirse a la naturaleza del derecho, concluya que la aplicación de las normas depende exclusivamente de que aquéllas hayan sido creadas en la forma prescrita en la Constitución.

Si, desde este punto de vista, la forma constituye la esencia del derecho, resulta importante señalar las cualidades formales que hacen del derecho un conjunto de preceptos hermético y omnicomprensivo. Los juristas coinciden en destacar tres rasgos: la construcción de un *corpus* sistemático de normas

¹⁹ Ronald Dworkin, “Introducción”, en *Op. Cit.*, p. 36.

²⁰ Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, 3ª reimpresión, México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 6.

jurídicas, el reconocimiento de la ley como herramienta general y abstracta y, la existencia de un procedimiento como un recurso lógico que establece los criterios de aplicación de la ley.²¹

La racionalidad intrínseca de estas propiedades formales convierte al derecho, por un lado, en un mecanismo normativo autosuficiente en la medida que no requiere elementos externos para sostener la validez de sus normas, por el otro, en un mecanismo de dominación política que tampoco necesita ingredientes adicionales para afirmar su legitimidad. En este orden de ideas, “el derecho moderno ha de poder legitimar sólo en virtud de sus propias cualidades formales la dominación ejercida en forma de derecho”.²²

En suma, la bifurcación lógica que supone la dicotomía entre moral y derecho hace evidente el predominio de una concepción positivista del derecho, en la que la neutralidad moral no contribuye al enriquecimiento de la función normativa del derecho.

* * *

Sin embargo, la práctica jurídica ha demostrado que la pureza formal del derecho tiene sus límites. Max Weber, defensor de la racionalidad intrínseca de las normas jurídicas, se percató de la penetración de elementos extraños a las cualidades formales del derecho. Al denominar este fenómeno como la materialización del derecho, en realidad, aceptaba la presencia de elementos morales en los desarrollos argumentativos del derecho que, de acuerdo a sus puntos de vista, introducían elementos valorativos subjetivos que rompían la racionalidad formal propia del derecho.²³

²¹ Jürgen Habermas, “Moral y derecho”, en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2008, pp. 538 – 539.

²² *Idem.*, p. 535.

²³ Cfr. Max Weber, “Sociología del Derecho”, en *Economía y sociedad*, 2ª reimpression, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 498 – 660.

En primer lugar, el análisis de las cualidades formales del derecho arroja conclusiones adversas para quienes encuentran en el derecho una fuente exclusiva y suficiente de legitimidad del orden legal. “La legitimidad de ese derecho formal burgués, cuando se miran bien las cosas, no deriva en absoluto de las características “racionales” señaladas, sino de las implicaciones morales que pueden derivarse de esas características recurriendo a ulteriores supuestos empíricos auxiliares acerca de la estructura y funcionamiento del orden económico”.²⁴

El surgimiento de reclamos de justicia material propios del desarrollo de las sociedades modernas, llevaron al Estado a asumir un papel cada vez más activo, en el que los moldes del derecho formal resultaron inadecuados para atender las demandas sociales. La legitimidad que descansaba en la legalidad fue aceptada únicamente por algunas capas de la sociedad. “Basta considerar el movimiento obrero europeo y las luchas de clases del siglo XIX para percatarse de que sistemas políticos que respondían de forma bien aproximada a la idea-modelo de una dominación racionalizada en términos de derecho formal, en modo alguno fueron percibidos *per se* como legítimos, a no ser por las capas sociales que eran las beneficiarias de ellos y por los ideólogos liberales de esas capas sociales”.²⁵

En el mismo sentido, también hay que destacar el papel del iusnaturalismo que, en tanto construcción racional, ha contribuido a la formación del pensamiento político moderno y con ello al desarrollo de los derechos individuales.²⁶

La perspectiva positivista impide que el jurista se convierta en un descubridor que acceda a consideraciones morales más allá del texto de la ley. Uno de los objetivos del iusnaturalismo fue convertir al derecho en una ciencia

²⁴ Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, p. 540.

²⁵ *Idem.*, p. 540.

²⁶ Cfr. Max Weber, *Op. Cit.*, pp. 639 – 648.

demostrativa que, sobre la base de un método racional, superara el marco tradicional de la enseñanza del derecho.

Desde este punto de vista, "...los iusnaturalistas sostienen que la tarea del jurista no es la de interpretar reglas ya dadas, que como tales no pueden dejar de resentir las condiciones históricas en las que fueron emitidas, sino aquella mucho más notable de descubrir las reglas universales de la conducta por medio del estudio de la naturaleza del hombre".²⁷

Gracias a la sustitución del carácter de intérprete de los juristas por su nuevo papel de descubridores, "...el método geométrico..., prescindiendo de todo aquello que pueden haber dicho los anteriores autores y prescindiendo de la historia, busca la vía de una reconstrucción meramente racional del origen y del fundamento del Estado".²⁸

El imperio de la forma que proponen Kelsen y Weber subraya el carácter hermético del derecho. En esta fórmula subyacen preguntas inquietantes que destacan la importancia de lo protegido o de la sustancia de lo normado. Es importante, por lo tanto, tomar en cuenta la materialización o deformalización del derecho y asomarse a sus contenidos, en la medida que nutren su evolución.

La moral ocupa un lugar central en la vida social. Es propio de la moral encontrar en ella formas de vida que encierran exigencias sociales derivadas de costumbres. Por lo tanto, no hay vida social sin costumbres y éstas no se conciben sin un referente moral en la medida que la convivencia humana se construye con la acción cotidiana de los individuos. La repetición de estas acciones integran pautas de conducta que aparecen acompañadas de normas o convenciones que son seguidas por los individuos, debido a que contienen valores significativos para atender las exigencias de la vida en

²⁷ Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 29 – 30.

²⁸ *Idem.*, p. 50.

comunidad. “La moralidad no procede de una deducción lógica, ni de una sumisión a principios generales: es el resultado de una práctica habitual, donde operan acuerdos contingentes, pocas veces explícitos, sobre lo bueno y lo malo, sobre cómo hacer las cosas y cómo comportarse”.²⁹

De aquí se desprenden dos afirmaciones importantes. En primer lugar, en virtud que la moral expresa patrones de comportamiento social antes que un conjunto de normas imperativas, la moral expresa las consecuencias de las acciones individuales y no puede ser interpretada como la causa de las pautas de conducta. En el mismo orden de ideas, en segundo lugar, en tanto que las sociedades son diversas y complejas, la moral no es única, sino múltiple. Por ende, ante la multiplicidad de órdenes morales, no es posible hablar de comportamientos inmorales, sino pertenecientes a esquemas morales diferentes que manifiestan pautas de conductas diversas, adscritas a sistemas morales independientes entre sí.

“La moral, o la moralidad, aparecen como una estructura, como un orden. No son preceptos aislados, sino formas de organización de la vida social, de campos enteros de actividad; es posible, por lo tanto, identificar los ejes en torno a los cuales se construye, y que dan coherencia a los juicios dispersos de la vida cotidiana”.³⁰ En este sentido, la unilateralidad e incoercibilidad de las normas morales, así como su función promotora de la autonomía individual, juegan en el plano social un papel fundamental para comprender el funcionamiento de una sociedad a partir de sus códigos, sistemas habituales de relación, valores, maneras de hacer las cosas y formas de comprender el mundo.

Haciendo caso omiso del procedimiento que confiere validez formal a una norma jurídica, permanecen dudas sobre las consideraciones psicológicas tanto de quien aprueba la norma en el parlamento como, sobre todo, de los

²⁹ Fernando Escalante Gonzalbo, *Ciudadanos imaginarios*, 5ª reimpresión, México, D. F.: El Colegio de México, 2002, p. 30.

³⁰ *Idem.*, p. 32.

destinatarios de esa norma, es decir, de los individuos que son los titulares de los derechos.

La obediencia a una norma jurídica, bien sea por su cumplimiento espontáneo o por su aplicación coactiva, significa la oportunidad para abordar problemas de la moralidad de los mecanismos del Estado para el ejercicio del poder. En otras palabras, por una parte, el ejercicio de un derecho implica el disfrute de la libertad, por la otra, el cumplimiento de una obligación entraña los temas de la obediencia y de la coacción. Ambas circunstancias, tanto el acceso a la libertad como sus límites encarnados en la obediencia, tienen un fondo moral insoslayable.

Más allá de los aspectos formales propuestos por Kelsen para hacer del derecho una técnica social reguladora de las relaciones entre los individuos, es importante señalar que los derechos tanto en su sentido objetivo como subjetivo, es decir, como producto de la actividad del Congreso, así como en el momento en el que los individuos los ejercen, tienen significados y contenidos morales dignos de tomarse en cuenta.

De lo contrario, la obediencia y la coacción serían concebidas únicamente como una reacción propia de la naturaleza racional de la ley y de los individuos a los que está dirigida. En otras palabras, no existiría la disyuntiva de los individuos de cumplir o no con lo que dictan las leyes ya que, al dictar el comportamiento de las personas sin tomar en cuenta su naturaleza moral, las leyes no son más que mecanismos racionales pensados para garantizar la armonía social. “El derecho debe someterse a la crítica moral aunque no podamos encontrar un rasero objetivo para medir el bien”.³¹

Puesto que el iusnaturalismo busca elaborar un modelo teórico racional del Estado, la moral ocupa un sitio principal en la formulación de las ideas políticas, en tanto la moral está indisolublemente unida a la naturaleza

³¹ Jesús Silva Herzog Márquez, *La idiotez de lo perfecto. Miradas a la política*, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 85.

humana. “Esto quiere decir, busca la explicación y la justificación de un hecho puramente humano, como lo es el Estado, partiendo del estudio de la naturaleza humana: de las pasiones, de los instintos, de los apetitos, de los intereses que hacen del hombre un ser sociable o insociable”.³²

Por ello, para la política, la moral pública significa “...la solución colectiva histórica, para los problemas de autoridad, jerarquía, justicia y coexistencia pacífica en sociedad”.³³ Como cualquier sistema moral, la moral pública carece de sanciones para quienes dejen de atender sus exigencias, no es homogénea ni está codificada, por el contrario, “...puede ser reconstruida a partir de las prácticas habituales, de documentos políticos, de instituciones jurídicas, pero muy rara vez podrá encontrarse de modo explícito en ninguna parte”.³⁴

La no exigibilidad y la heterogeneidad de la moral pública se funden en la idea del consenso, que es el fundamento de la sociedad política moderna. El nacimiento del Estado y el surgimiento del ciudadano configuran el espacio público que confirma la existencia de la moralidad pública, como ámbito independiente de la moral privada. El poder y el orden, como piedras angulares de la política, conducen a la reflexión y discusión de valores como la libertad, la igualdad, la obediencia, la resistencia, entre otros, que alimentan la moral pública.

En la medida que “...la ciudadanía, tiene un suelo, un hecho mínimo que es un derecho ejercido o no...”³⁵ resulta crucial concebir a los derechos como herramientas para darles poder y seguridad a los individuos, desde una perspectiva de moralidad que gira en torno al respeto a la libertad como valor esencial de su vida en la sociedad política. Es decir, en virtud que los

³² Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Op. Cit.*, p. 127.

³³ Fernando Escalante Gonzalbo, *Op. Cit.*, p. 41.

³⁴ *Idem.*, pp. 41 – 42.

³⁵ Rafael Segovia, “Notas sobre el ciudadano y la nación”, en Jean François Prud’homme, compilador, *Demócratas, liberales y republicanos*, México, D. F.: El Colegio de México, 2000, p. 171.

individuos son sujetos de derecho, tienen la libertad de obedecer o no las leyes y la de resistirse a su aplicación coactiva.

El desarrollo histórico de la moral pública se traduce en tradiciones de pensamiento político que han contribuido al debate sobre la relación que guarda el ciudadano con la autoridad política y su identidad en la comunidad política: liberal, demócrata y republicana. En su conjunto, cada una de ellas, con sus variantes, puede traducirse en un modelo cívico.

La importancia del modelo descansa en los matices y particularidades de estas tradiciones, sobre la ciudadanía y la organización de la sociedad política, así como las diferencias que cada una de ellas asigna a la concepción y alcances de los derechos individuales.

* * *

En términos generales, el liberalismo busca moldear a la sociedad con argumentos normativos que justifiquen la acción política de los individuos y la existencia de las instituciones políticas; para ello, construye un marco de libertades básicas, gracias a las cuales, el individuo puede elegir sobre la mejor opción de vida, en términos de lo que considera bueno y correcto. “Nadie puede conducir mi vida por mí. Sin embargo, entre la gente que está conduciendo sus vidas desde el interior de sí mismas, hay personas que han sido manipuladas para aceptar ciertos fines como propios y que son desanimadas para intentar otros modos de vida, a través de un control sistemático de la socialización, de la prensa y de la expresión artística. Esto es inaceptable para los liberales”.³⁶

En un plano ético, el individuo busca desarrollar la potencialidad de sus aptitudes y habilidades para realizarse como persona y darle un sentido a su vida. Esta aspiración se reduce si la persona no tiene a su alcance los medios

³⁶ Will Kymlicka, *Liberalism, community and culture*, Oxford: Clarendon Press, 1991, pp. 18 – 19.

para materializar "... el acceso a aquellas condiciones e instrumentos necesarios para ese ejercicio de facultades y, por lo tanto, debe considerar como una disminución de las facultades humanas todo aquello que obstruya la realización de ese fin, comprendida desde luego cualquier limitación al acceso a los medios para desarrollar sus potencialidades".³⁷

La moralidad pública del liberalismo está relacionada con el interés de los individuos en llevar una vida buena y en tener los medios necesarios que una vida buena contiene. Las aspiraciones de los individuos para su autorrealización descansan, por lo tanto, en elementos valorativos necesarios para cumplir un plan de vida determinado, conforme a creencias y convicciones específicas.

Desentrañar los elementos valorativos más adecuados para los individuos parece una tarea sencilla. Sin embargo, "Llevar una vida buena es diferente de llevar una vida que normalmente creemos que es buena. Esto es, reconocemos que podemos estar equivocados acerca del mérito o el valor de lo que hacemos en forma cotidiana. Esto nos puede llevar a descubrir que hemos malgastado nuestras vidas, persiguiendo objetivos y proyectos triviales o banales, que considerábamos incorrectamente de gran importancia".³⁸

Los medios más valiosos para que los individuos discernan, depuren y defiendan sus planes de vida son, sin lugar a dudas, los derechos individuales, característicos de la tradición liberal. "La libertad es necesaria precisamente para investigar lo que es valioso en la vida, cuestionar, reexaminar y revisar nuestras creencias acerca del valor".³⁹

Por lo tanto, el objetivo último del liberalismo es la preservación de las libertades mediante la limitación del poder del Estado en beneficio de los

³⁷ Francisco Gil Villegas, "Democracia y liberalismo en la modernidad: una perspectiva teórica", en *Foro Internacional*, vol. XXXIII, octubre – diciembre 1993, num. 4, p. 692.

³⁸ Will Kymlicka, *Op. Cit.*, p. 10.

³⁹ *Idem.*, p. 18.

individuos que exigen no ser molestados por éste, ya que buscan darse un espacio de autonomía en el que puedan autorrealizarse mediante el ejercicio o el disfrute de una libertad de carácter pasivo, generalmente lejos del ámbito público. “Los individuos deben, por ende, tener los recursos y las libertades necesarios para vivir sus vidas conforme a sus creencias sobre el valor, sin ser encarcelados o sancionados”.⁴⁰

Por el contrario, si el individuo carece de una esfera privada de acción, no dispone de los medios para escapar a la racionalidad burocrática estatal y de elegir sobre la mejor opción de vida, en términos de lo que piensa que es bueno y correcto.

La modernidad política encuentra en el individuo el centro en torno al cual deben girar los asuntos públicos. Esto supone que el Estado existe para servir al individuo y descarta las visiones opuestas que colocan al individuo al servicio del aparato estatal. En el fondo, hay que subrayar la prioridad lógica y axiológica del individuo frente a todo tipo de situación en el que una colectividad pueda eventualmente abusar de su condición en detrimento de la dignidad de los seres humanos. En este sentido, “Un hombre tiene un derecho moral en contra del Estado si por alguna razón el Estado haría mal tratándolo de cierta manera, aun cuando al hacerlo así favoreciera el interés general”.⁴¹

En otras palabras, el individuo tiene derechos morales frente a la mayoría. “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”.⁴² El individuo, en suma, como lo estipula la ética kantiana, es un fin en sí mismo y no un medio que pueda ser utilizado por alguna mayoría en aras de un interés general determinado.

⁴⁰ *Idem.*, p.13.

⁴¹ Ronald Dworkin, *Op. Cit.*, p. 219.

⁴² Ronald Dworkin, “Introducción”, en *Op. Cit.*, p. 37.

Los derechos significan que los individuos tienen la posibilidad de hacer algo sin obstáculos, es decir, con libertad. La libertad, en este sentido, significa que nadie bloquee o le impida a los individuos realizar sus actividades. Este concepto negativo de la libertad, sin embargo, está matizado por las finalidades de los individuos. En la medida que las personas ejercen sus derechos para cumplir su plan de vida que los lleve a tener una vida buena, de acuerdo a ciertos principios y convicciones, resulta inevitable plantearse la posibilidad que estos derechos tengan límites. “Los filósofos políticos ingleses clásicos suponían que, la libertad no podía ser ilimitada porque si lo fuera, ello llevaría consigo una situación en la que todos los hombres podrían interferirse mutuamente de manera ilimitada, y una clase tal de libertad “natural” conduciría al caos social en el que las mínimas necesidades de los hombres no estarían satisfechas, o si no, las libertades de los débiles serían suprimidas por los fuertes”.⁴³

Las leyes establecen los límites de los derechos y el Estado impone su cumplimiento mediante su fuerza coactiva. Más allá de las razones para marcar imperativamente las fronteras a la libertad, esto significa lisa y llanamente entrar al terreno de la coacción que, sin importar quien la ejerza, es la negación y la restricción de la libertad. Gracias al lugar central que la libertad, entendida en su acepción negativa, ocupa en el pensamiento político moderno, la teoría liberal indica “...que debía existir un cierto ámbito mínimo de libertad personal que no podía ser violado bajo ningún concepto, pues si tal ámbito se traspasaba, el individuo mismo se encontraría en una situación demasiado restringida, incluso para ese mínimo desarrollo de sus facultades naturales, que es lo único que hace posible perseguir, e incluso concebir, los diversos fines que los hombres consideran buenos, justos o sagrados”.⁴⁴

La preservación de un espacio mínimo de libertad para el individuo encierra una transacción evidente. El individuo elige, entre sus ámbitos personales,

⁴³ Isaiah Berlin, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, 3ª reimpresión, Madrid: Alianza Editorial, 2004, p. 222.

⁴⁴ Idem., pp. 222 – 223.

cuáles facetas de su vida privada no son tan importantes para alcanzar los fines más caros para su proyecto vital. Esto significa que el individuo cede parte de su autonomía. De otra manera, la libertad sin límites, en la que los individuos no ceden porción alguna de su autonomía, conduce precisamente a un camino opuesto al buscado: la frustración de las aspiraciones de los individuos por ellos mismos. Si la entrega total de la libertad de los individuos supone su disminución como ser humano, el mínimo que cualquier persona debe conservar para no contradecir su naturaleza, es su afirmación como fin en sí mismo y la posibilidad consiguiente de llevar su vida de acuerdo a una concepción del bien que descansa en sus valores y creencias.

“La defensa de la libertad consiste en el fin “negativo” de prevenir la interferencia de los demás. Amenazar a un hombre con perseguirle, a menos que se someta a una vida en la que él no elige sus fines, y cerrarle todas las puertas menos una, y no importa lo noble que sea el futuro que ésta va a hacer posible, ni lo buenos que sean los motivos que rigen a los que dirigen esto, es pecar contra la verdad de que él es un hombre y un ser que tiene una vida que ha de vivir por su cuenta”.⁴⁵

La importancia de la libertad tiene que ver con el respeto a la voluntad de los individuos, que es la expresión de su naturaleza autónoma. En el caso contrario, la heteronomía implica el sometimiento a una voluntad ajena para guiar la conducta de los individuos. Esta sujeción a un querer extraño despoja a los actos individuales de su valor moral. “Si la esencia de los hombres consiste en que son seres autónomos –autores de valores y de fines en sí mismos, cuya autoridad consiste precisamente en el hecho de que están dotados de una voluntad libre-, nada hay peor que tratarles como si no lo fueran, como si fueran objetos naturales manipulados por influencias causales, y criaturas que están a merced de estímulos externos, cuyas decisiones pueden ser manejadas por sus gobernantes por medio de amenazas de fuerza o de ofrecimientos de recompensas”.⁴⁶

⁴⁵ *Idem.*, p. 227.

⁴⁶ *Idem.*, p. 238.

Gracias a su carácter autónomo, los individuos conducen su vida conforme a normas que ellos mismos se dan, creadas por su propia conciencia. De esta manera, para que una conducta sea moralmente valiosa debe seguir una norma que el individuo ha decidido asumirla como propia, por reconocerla compatible con sus principios y convicciones para alcanzar el plan de vida que tiene trazado.

En vista que los seres humanos son fines en sí mismos, los actos heterónomos cuyo origen no está en el albedrío de los individuos, no son moralmente valiosos. “Tratar a los hombres de esta manera es tratarlos como si no estuviesen determinados por sí mismos, “nadie puede obligarme a ser feliz a su manera” decía Kant. “El paternalismo es el mayor despotismo imaginable”. Esto es así porque es tratar a los hombres como si no fuesen libres, sino material humano para que yo, benevolente reformador, los moldee con arreglo a los fines que yo he adoptado libremente, y no con arreglo a los suyos”.⁴⁷

* * *

La tradición democrática tiene que ver, en primer lugar, con una forma de gobierno que propone sus propios métodos para resolver el ejercicio del poder político. Si la democracia, desde este punto de vista, no es más que un procedimiento para tomar decisiones colectivas, sus reglas se convierten en el ingrediente fundamental para conocer su naturaleza y alcances. Indagar las normas de la democracia no es una tarea trivial, si se acepta que aquéllas pueden establecer cuánto poder se le confiere a una organización, ya sea ésta, gobierno, sindicato, empresa o comunidad de cualquier tipo.

Lo que es invariable es que la democracia tiene que ver con el poder político, aunque no siempre en el mismo sentido. Por una parte, se puede identificar a la democracia con la promoción del pluralismo político y con la creación de

⁴⁷ *Idem.*, p. 238.

espacios para proteger la autonomía del individuo. También se puede asociar a la democracia con la soberanía del Estado o del “pueblo”, en nombre de alguna meta u objetivo colectivos que justifique un determinado proyecto de vida para los individuos.

La democracia, a diferencia del liberalismo, tiene una concepción positiva de la libertad y genera valores que favorecen la participación de los individuos en asuntos de interés público. En este orden de ideas, la democracia concibe a la libertad de los individuos desde un ángulo activo, ya que su participación en actividades públicas les permite tomar decisiones obligatorias para sí mismos y para el resto de la sociedad. “La democracia no es un régimen que exprese la verdad o la justicia: es un sistema político en el que los individuos participan en la formación de sus normas, al elegir a quienes las dictan”.⁴⁸

Producto de una moralidad pública diferente, los derechos concebidos en el esquema de la democracia, tienen una fuerza limitada para poner a salvo al individuo frente a la acción estatal. La tradición democrática reduce los derechos individuales a aquellos que el Estado otorga, mediante la actividad de las fuerzas parlamentarias que legislan en nombre del interés general.

Apoiada en estas ideas, la democracia ofrece a los individuos la posibilidad de construir las reglas que organicen la distribución del poder político. Este es un hecho relevante en la medida que la modernidad política está marcada por la reglamentación de la actividad política, con base en derechos individuales y directivas generales para el gobierno. “De manera que poco a poco se encuentran de frente solamente dos sujetos de derecho, los individuos, cuyo derecho es el derecho natural y el Estado cuyo derecho es el derecho positivo”.⁴⁹

Más allá del fondo programático de la tradición democrática, lo que preocupa a los demócratas es quién los debe gobernar y quién está en condiciones de

⁴⁸ Jesús Silva Herzog Márquez, *Op. Cit.*, p. 96.

⁴⁹ Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Op. Cit.*, p. 134.

participar en los mecanismos apropiados para ello. De ahí que el contenido de la moral pública democrática depende de la voluntad de la mayoría. Por ello, "...los demócratas constituyen el grupo más confuso y el menos etiquetable en el seno del círculo formado por los oficiantes del oficio político. De ello resulta que el calificativo de demócrata es casi el único utilizado en la mayor parte de las sociedades de libertad, aun cuando no designa en realidad más que el conformismo ideológico ambiente..."⁵⁰

Desde la perspectiva de la tradición democrática, en palabras de Rousseau, la libertad individual queda a salvo dentro de los márgenes normativos de la ley.: "Siempre se es libre cuando uno está sometido a las leyes, pero no cuando se obedece a un hombre, porque en este segundo caso yo debo obedecer a la voluntad ajena, mientras que cuando obedezco a las leyes no acato más que la voluntad pública, que es tan mía como la de cualquier otro".

51

¿Cuáles son los alcances de la afirmación de Rousseau sobre la ley y la libertad individual?

Bajo la óptica de la tradición liberal, la defensa de la autonomía individual hace posible la pluralidad de puntos de vista y los derechos son reconocidos como conquistas individuales frente a la mayoría. En cambio, el espíritu de la tradición democrática y de la tradición republicana parte de la libertad positiva y de la lógica de la voluntad general que prevalecen sobre las posiciones individuales. Por esta ruta, ambas tradiciones confirman su predilección por la unidad. En resumen, cada una de estas tradiciones del modelo cívico "...atribuye también un peso propio a las esferas pública y privada en la búsqueda de la armonía social; la razón de Estado prevalece sobre el interés

⁵⁰ Guy Hermet, "Populistas, republicanos y demócratas", en Jean-François Prud'homme, *Op. Cit.*, p. 201.

⁵¹ Norberto Bobbio, "¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?", en *El futuro de la democracia*, 1ª reimpression, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 126.

individual entre los republicanos, mientras que la protección de la libertad del individuo es primordial entre los liberales”.⁵²

La sociedad no es un hecho natural sino que surge de la voluntad creadora de sus miembros. Por ello, la modernidad política no sólo puso de relieve la figura del individuo, también la de la organización política como resultado del esfuerzo racional de los individuos que deciden abandonar el estado de naturaleza. Esto conduce a la idea que la sociedad descansa en el consenso, entendido como elemento racional que afirma la legitimidad del pacto simbólico que ilustra el tránsito del estado de naturaleza al estado social. “Si los hombres quieren vivir en la medida de lo posible racionalmente, deben entrar en la única sociedad donde las leyes naturales pueden transformarse en verdaderas y propias leyes, o sea, en normas de conducta no sólo formalmente válidas sino también de hecho eficaces: esta sociedad es el Estado”.⁵³

Sólo dentro de los márgenes del Estado, el individuo escapará a las condiciones naturales del estado de naturaleza en la que existen todo tipo de calamidades producto de los instintos. Hobbes así lo señala: “Fuera del Estado es el dominio de las pasiones, la guerra, el miedo, la pobreza, el abandono, el aislamiento, la barbarie, la ignorancia, bestialidad. En el Estado es el dominio de la razón, la paz, la seguridad, la riqueza, la decencia, la sociabilidad, el refinamiento, la ciencia, la benevolencia”⁵⁴ En consecuencia, el Estado le brinda al individuo la posibilidad de alcanzar sus objetivos vitales, entre ellos, el más importante de todos: la propia conservación.

El Estado existe sobre los principios de la soberanía, que le asegura la obediencia de los individuos, y aquel que define a la ley como expresión de la voluntad general. El poder del Estado es supremo e indivisible y equivale a

⁵² Jean-François Prud'homme, “Introducción”, en Jean-François Prud'homme, *Op. Cit.*, p. 11.

⁵³ Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Op. Cit.*, p. 132.

⁵⁴ *Idem.*, p. 130.

ser el poder que está por encima de todos los poderes sociales y no puede ser de otro modo, porque pondría en riesgo sus propios fines.

La soberanía, desde luego, es un atributo del Estado que existe en su propio interés y beneficio, no en el de los individuos. La democracia y la ley como expresión de la voluntad general, son las respuestas que la racionalidad del Estado moderno le ofrece al individuo para preservar su margen de libertad y realizarse plenamente como ser racional.

La tradición democrática comparte raíces con la tradición republicana. La voluntad general es el piso común, desde donde ambas tradiciones moldean la identidad de los ciudadanos, a partir de una noción de libertad positiva, que justifica la homogeneidad entre gobernantes y gobernados. Las afinidades entre la tradición democrática y la tradición republicana las convierte en un binomio formidable frente al liberalismo. “La democracia excluye lo ajeno, el liberalismo pretende conciliarlo: hay pues una contradicción insuperable “entre la conciencia liberal del individuo y la homogeneidad democrática”.⁵⁵

¿Qué lugar ocupa la libertad del individuo en la formación de la voluntad general? ¿En qué medida la voluntad general es un factor que facilita el surgimiento y la permanencia de la libertad? ¿Hasta qué punto la libertad democrática garantiza la libertad del individuo?

El análisis de la voluntad general, a partir de las ideas de Rousseau, permite exponer una vertiente de la moral pública que, en nombre de la libertad del individuo, ha servido para acotar su autonomía y someterlo al cumplimiento de metas colectivas.

Los individuos enfrentan un dilema singular en el curso de su existencia. Por un lado, los seres humanos desean ser libres y hacer de su vida lo que mejor les parezca, sin obstáculos que les impidan consumir sus proyectos de vida; por el otro, se percatan de la necesidad de vivir de manera organizada para

⁵⁵ Jesús Silva Herzog Márquez, *Op. Cit.*, pp. 39 – 40.

que la libertad ilimitada no se convierta a su vez en un escollo para la realización de sus aspiraciones y proyectos.

La definición de los límites entre la libertad y la autoridad es una tarea necesaria para encontrar un punto de equilibrio entre ambos impulsos, inherentes a la naturaleza humana. Estas fronteras dependen de la concepción del individuo. De este modo, dado que para Hobbes el hombre es esencialmente malo, recomendó que la autoridad prevaleciera sobre la libertad; en cambio, Locke, que pensaba que las bondades humanas superaban los defectos, optó por reconocer derechos individuales para limitar la esfera de la autoridad.

Para Rousseau, la libertad es un concepto absoluto que determina la naturaleza de los individuos. En su opinión, los seres humanos y la libertad son categorías que se implican a sí mismas y pueden tomarse como sinónimas. Esta libertad, sin embargo, no es posible ejercerla sin la presencia de normas que permitan que los individuos no se estorben entre sí. "...estas leyes, estas reglas de vida, no son convenciones, no son recursos utilitarios inventados por el hombre con el simple propósito de alcanzar algún fin subjetivo a corto o incluso a largo plazo".⁵⁶ Rousseau se refiere a "...la ley de la naturaleza, la ley sagrada imprescriptible que habla al corazón del hombre y a su razón", y dice que está "grabada en el corazón de los hombres mejor que toda la palabrería de Justiniano". El poder de desear o de elegir el camino recto, afirma, no es explicable por ningunas leyes mecánicas. Es algo inherente al hombre, y no es tema de una ciencia natural".⁵⁷

Ante la necesidad de conciliar los valores absolutos de la libertad y de las reglas justas, Rousseau busca "...una forma de asociación... en la cual cada quien, uniéndose con todos, sin embargo sólo se obedezca a sí mismo y siga siendo tan libre como antes".⁵⁸ Por paradójica que parezca la solución,

⁵⁶ Isaiah Berlin, *La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana*, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 58.

⁵⁷ *Idem.*, p. 58.

⁵⁸ *Idem.*, pp. 59 – 60.

Rousseau avanza por ese camino y sugiere que no hay dilema que resolver entre la libertad y la autoridad porque, en el fondo, son un solo valor. “Hay una libertad que es idéntica a la autoridad, y es posible tener una libertad personal que es la misma como un completo dominio por parte de la autoridad. Cuánto más libre se es, más autoridad se tiene y también más se obedece; cuanta más libertad, más dominio”.⁵⁹

La salida que Rousseau ofrece, descansa en un bien común que ningún ser racional puede rechazar, en la medida que su naturaleza sólo le permite aspirar a él. Los individuos únicamente desean lo que es bueno para ellos. El problema estriba en saber si todos los individuos conocen lo que es adecuado para sus vidas. “Rousseau está seguro de saber lo que es ser un hombre natural: para él, ser natural es ser bueno, y si todos los hombres fueran naturales, todos serían buenos; lo que buscarían entonces sería algo que los dejaría a todos y cada uno satisfechos, en conjunto, como un solo todo armonioso”.⁶⁰

Si todos los individuos son racionales pueden saber lo que es bueno para ellos y conseguirlo para alcanzar una satisfacción. Esto resuelve el problema de la eventual incompatibilidad de proyectos y aspiraciones. En caso contrario, la solución es simple; si los individuos no conocen lo que es bueno para ellos y chocan al buscar cosas distintas a ese bien, los hombres son irracionales y alejados de su naturaleza. De esta manera, la voluntad general la construyen únicamente aquellos individuos que compartan racionalmente las visiones de las cosas buenas de la vida. Lo que hace que los individuos actúen de este modo, reside “...en la misma condición de naturaleza, es decir, no pervertidos, no corrompidos, no empujados por intereses egoístas, los hombres en esa condición deben desear aquello que, de obtenerse, será igualmente bueno para todos los demás que sean tan buenos como ellos”.⁶¹

⁵⁹ *Idem.*, p. 61.

⁶⁰ *Idem.*, p. 63.

⁶¹ *Idem.*, p. 64.

El estado de naturaleza es producto de la armonía racional de los individuos. Bajo este supuesto, los conflictos interpersonales son inimaginables debido a que los seres humanos en estado de naturaleza cuentan con una sabiduría instintiva propia de su condición de seres naturalmente bondadosos. En la medida que los individuos tienen acceso a la verdad sobre ellos mismos, también conocen la verdad de los demás, porque también viven en la vida simple del estado de naturaleza.

Esta visión de la existencia humana en sociedad "...es la misteriosa suposición de la coincidencia de la autoridad con la libertad. La coincidencia misma se deriva del hecho de que, para hacer que los hombres sean libres y al mismo tiempo capaces de vivir juntos en sociedad, y de obedecer a la ley moral, lo que se necesita es que los hombres sólo deseen aquello que en realidad les ordena la ley moral".⁶²

La doctrina de la voluntad general encarnada en la ley, dio origen a la posibilidad de someter a los individuos a un proyecto colectivo determinado, en nombre de la libertad. También subraya la naturaleza racional del Estado de Derecho. "En el caso ideal, la libertad coincide con la ley: la autonomía con la autoridad. Una ley que me prohíbe hacer lo que yo, como ser sensato, no puedo querer hacer, no es una restricción de mi libertad".⁶³

Se trata de una libertad tan racional como las leyes en las que el individuo busca superarse o liberarse en función de una referencia ajena a él mismo, considerada como un yo superior. "Esta entidad se identifica entonces como el "verdadero" yo, que imponiendo su única voluntad colectiva u "orgánica" a sus recalcitrantes "miembros" logra la suya propia y, por tanto, una libertad "superior" para estos miembros".⁶⁴

⁶² *Idem.*, p. 68.

⁶³ Isaiah Berlin, "Dos conceptos de libertad", en *Op. Cit.*, p. 252.

⁶⁴ *Idem.*, p. 233.

Por ello, los derechos considerados desde la lógica democrática, conducen a los individuos a una libertad diferente a la que busca afanosamente la ausencia de interferencias. Se trata de la faceta positiva de la libertad. En ella, los individuos intentan ser sus propios dueños desde un ángulo racional que garantiza la armonía de las relaciones interpersonales. “Locke dice: “Donde no hay ley no hay libertad”, porque las leyes racionales son direcciones que se dan para los “intereses apropiados” de un hombre o “bien general”; añade que puesto que tales leyes son lo que “nos preserva de los pantanos y precipicios, difícilmente merecen el nombre de confinamientos”, y dice que los deseos de librarse de tales leyes son deseos “brutos” y formas irracionales de “licencia””.⁶⁵

En suma, la orientación de los derechos queda sujeta a las decisiones adoptadas en los parlamentos que siguen los dictados de la moralidad pública construida bajo el criterio de la racionalidad de la ley como expresión de la voluntad general que se convierte en la voluntad racional que ningún individuo debe soslayar. En este sentido, la moral democrática ignora un hecho. “La capacidad de dictar la ley positiva, antes monopolio del Estado a través de instituciones hereditarias o electivas, se encuentra... desafiada por el surgimiento de un derecho sin codificación ni capacidad de sanción, que en una multiplicidad de campos se manifiesta como derechos humanos, y que pretenden convertir en sanción universal el pronunciamiento norteamericano que proclama el derecho a buscar la felicidad”.⁶⁶

* * *

Mientras para los liberales la defensa de la libertad es el rasgo distintivo de su identidad política, los demócratas encuentran en la participación su rasgo más destacado como actores políticos. Los republicanos, por su parte, tienen en la virtud la cualidad que los distingue en las tradiciones del modelo cívico. A diferencia de otros, “...los republicanos tenderían en cambio a poner de

⁶⁵ *Idem.*, p. 251.

⁶⁶ Rafael Segovia, *Op. Cit.*, p.175.

motu proprio su nombre con mayúscula. Hasta tal grado se consideran los guardianes de un faro que ilumina el mundo y siguen inaccesibles a la autocrítica”.⁶⁷

Sin embargo, el uso indiscriminado del término república provoca que, al final del día, resulte aplicable a prácticamente todos los fenómenos políticos a los que se les desea darles una connotación de excelencia y legitimidad. Sin embargo, lo mismo sucede con la tradición democrática que, gracias a la amplitud de sus contenidos, se ha convertido en la identidad política con más adeptos.

La tradición democrática postula el sufragio universal y la representación política resultante, sin importar el carácter de los ciudadanos. “Los demócratas se colocan entre los actores políticos que toman a los ciudadanos tal como se manifiestan verdaderamente, y que considerarían irrealista y también contrario al dogma de la soberanía popular querer a toda costa reencarnarlos so forma edificante del héroe cívico”.⁶⁸

La moral republicana, en contraste, no demuestra mucho afecto por la colectividad presentada así, sin más preparación para intervenir en los asuntos públicos. Por ello, la tradición republicana tiene una vocación didáctica a partir de la cual busca esculpir el carácter de los individuos y capacitarlos para hacer de ellos ciudadanos verdaderos.

En este sentido, “...los revolucionarios franceses innovaron en torno a un punto capital. No se contentaron con jugar con las palabras promoviendo el antiguo “súbdito” de los reyes al rango estéticamente más gratificante de “ciudadano”, relegado por otra parte si es preciso a una posición pasiva de no elector... reinventaron la República. Y la concibieron intelectualmente por tanto como una comunidad exclusivamente política, tendiendo no tanto a ofrecer una garantía elemental de seguridad a los hombres tomados tal como

⁶⁷ Guy Hermet, *Op. Cit.*, p. 187.

⁶⁸ *Idem.*, p. 201.

son, como a trastornar el vínculo social con la preocupación más elevada de volverlos dignos de pertenecer a esa comunidad”.⁶⁹

En aras de obtener la excelencia republicana irreprochable, el individuo queda subordinado a la decisión de los intereses colectivos. El punto de contacto con la moral democrática es obvio. Consistente con ello, “en la tradición republicana los derechos individuales son asimilados y subordinados al bien público. La existencia de un Estado fuerte, moralmente superior, permite la salvaguardia de los intereses individuales”.⁷⁰ En consecuencia, “el derecho, como lo había visto Hobbes, emerge de la garganta del soberano. No existe otro derecho que el que impone el Estado”.⁷¹

Las fronteras entre ambas tradiciones tienen que ver con las interpretaciones acerca de la voluntad general. Por un lado, si la voluntad general es identificada con el bien común, los derechos adquieren un tinte republicano. “En efecto, la Voluntad General no puede ser un acuerdo contingente: es la única forma del Bien común. Por eso no puede confundirse con la voluntad de la mayoría, ni aun con la de todos. En el encuentro con la Voluntad General, los intereses y derechos de los ciudadanos en cuanto tal desaparecen, para fundirse con el interés colectivo”.⁷² Por el otro, si la voluntad general es identificada con la participación ciudadana, esta circunstancia aleja a los derechos del republicanismo y los deja en los terrenos de la tradición democrática.

En vista de la vocación educativa de la moral republicana, que ejerce desde la alta consideración que tiene sobre sí misma, resulta previsible imaginar que el impulso de la libertad positiva es un gesto propio de esta tradición. Por ello, esta moralidad no sólo encierra la superioridad de lo colectivo sobre lo individual que justifica la construcción de la homogeneidad social, también implica la concepción de una organización política sólida que centraliza el

⁶⁹ *Idem.*, pp. 196 – 197.

⁷⁰ Jean-François Prud'homme, *Op. Cit.*, p. 11.

⁷¹ Jesús Silva Herzog Márquez, *Op. Cit.*, p. 85.

⁷² Fernando Escalante Gonzalbo, *Op. Cit.*, p. 34.

poder. “Los republicanos se arrogaron así la potencia soberana sin límites que Hobbes, el gran teórico de la monarquía absoluta, asignaba en 1651 a la institución real tentacular y sagrada encarnada por su Leviatán”.⁷³

* * *

La discusión de las tradiciones del modelo cívico gira principalmente en torno a un asunto moral de primer orden, esto es, el papel del ser humano en la sociedad, bien sea considerado desde la óptica de la autonomía individual o como parte de la voluntad general.

El debate tiene resonancias múltiples a cual más de importantes, porque de él se desprenden otros aspectos que también tienen impacto en la moralidad de los individuos que reproduce la vida cotidiana en sociedad. Mientras que la defensa de la autonomía individual conduce a la construcción de una sociedad caracterizada por el pluralismo, la defensa de la voluntad general lleva a imaginar una sociedad cuyos rasgos descansan en la homogeneidad.

En este orden de ideas, la defensa de los derechos individuales bajo el argumento de la autonomía de la voluntad puede ser considerada un voto a favor de la descentralización del poder, mientras que la homogeneidad resultante de la defensa de la voluntad general tiene una clara alusión a la centralización del poder.

Cada una de ellas, a su vez, contiene diferencias múltiples acerca del significado y alcance de los derechos individuales. Aunque todas las tradiciones son producto del iusnaturalismo filosófico que edificó el pensamiento político moderno, vale decir que mientras la tradición liberal está más cerca del derecho natural que, sin duda, enriquece la visión de la política y del derecho, las tradiciones democrática y republicana se identifican con el positivismo jurídico que sólo reconoce como derecho el que debaten y elaboran los parlamentos.

⁷³ Guy Hermet, *Op. Cit.*, p. 196.

Las actitudes propias de cada tradición también cuentan como referente de la moral pública que cada una de ellas encarna. Desde la defensa de la libertad negativa, los individuos prefieren que los asuntos públicos no interfieran en su esfera privada de actividades. En cambio, la moral democrática y la moral republicana subrayan la importancia de la participación y de la educación cívica, respectivamente, como vehículos para construir la voluntad colectiva.

El corolario de cada una de estas posturas puede traducirse, por una parte, en el caso de la tradición liberal, en la defensa del disenso como consecuencia lógica del ejercicio del libre albedrío y, por la otra, en el caso de las tradiciones democrática y republicana, en el mantenimiento del consenso como resultado de la existencia de la voluntad colectiva.

En resumen, la moralidad pública que sustenta los derechos individuales concebidos desde cada una de las tradiciones políticas también implica el cimiento de los derechos considerados en conjunto, bajo la forma de una Constitución que puede ser comprendida desde ángulos diversos, es decir, de acuerdo al constitucionalismo que le preste orientación y sentido.

II. La racionalidad valorativa y procedimental de la Constitución

En la cúspide del sistema jurídico se encuentra la Constitución. En este sentido, “Constitución en sentido absoluto puede significar una regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas”.⁷⁴ El valor de la Constitución reside en su supremacía y en la fuerza que se desprende de ella para asegurar la unidad política del Estado. La primacía de la Constitución se debe a que se trata “...de una normación total de la vida del Estado, de la ley fundamental en el sentido de una unidad cerrada, de la “ley de las leyes”.⁷⁵

A pesar que la Constitución es un concepto marcado por la unidad y la totalidad, se relativiza en la medida que hace posible la existencia de un sistema jurídico compuesto por leyes constitucionales que dan lugar a una cadena de normas que crean normas que extienden su mandato para que el Estado funcione. Como cabeza indiscutible del sistema jurídico integrado por una jerarquía de normas, la Constitución obliga a que “todas las otras leyes y normas tienen que poder ser referidas a esa una norma”.⁷⁶

La posición eminente de la Constitución tiene más de una implicación. Por un lado, supone que el agente creador del texto constitucional no puede ser el mismo que lo aplique y, por el otro, que la norma constitucional para ser permanente debe ser rígida y escrita.

Por ello, es importante distinguir el poder constituyente de los poderes constituidos. El acto de creación de la Constitución, en un momento de autodeterminación plena, corre a cargo del poder constituyente y encierra la expresión más genuina de la legalidad. “Una Constitución es válida cuando

⁷⁴ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, 4ª reimpresión, Madrid, Alianza Universidad Textos, 2003, p. 33.

⁷⁵ *Idem.*, p. 33.

⁷⁶ *Idem.*, p. 33.

emana de un poder constituyente y se establece por su voluntad. La palabra “voluntad” significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un Deber-ser”.⁷⁷

El constituyente aparece antes que los poderes constituidos; cuando aquél ha promulgado la Constitución, aunque es desplazado por los órganos creados, permanece latente en el escenario político del Estado. Por lo tanto, el poder constituyente no gobierna, sólo expide la norma fundamental en virtud de la cual gobiernan los poderes constituidos dentro de los límites dispuestos por la Constitución, sin que puedan modificar la ley que los creó y los dotó de competencia.

La teoría constitucional también enseña que el contenido mínimo y esencial de toda Constitución se resume en dos secciones principales. Una parte orgánica que contiene las normas fundamentales del Estado, que crean y organizan a los poderes públicos, que sólo pueden hacer lo que les está señalado. Una parte dogmática que establece el régimen de derechos individuales y fija las barreras de la actuación del Estado.

De esta manera, el resultado de la actividad constituyente se traduce en la creación de los poderes constituidos y el reconocimiento de los derechos individuales establecidos en la Constitución. Bajo esta lógica formal el Estado ejerce el poder político mediante normas generales y abstractas.

Sin embargo, la Constitución puede ser vista como algo más que la cima de una jerarquía normativa. “La Constitución se presenta hoy como un todo dinámico, en el que en cada caso hay que establecer un equilibrio *ad hoc* entre el bien particular y el común a la luz de los principios constitucionales supremos y de una comprensión holista de la Constitución”.⁷⁸

⁷⁷ *Idem.*, p. 34.

⁷⁸ Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, p. 552.

Estos principios tienen que ver con aspectos cruciales para la sociedad, tales como: la estructura general del gobierno, las libertades políticas y civiles para los ciudadanos, la igualdad de oportunidades y el desarrollo económico, entre otros temas. Por lo tanto, más allá de las diferencias que establece la teoría constitucional, entre las constituciones escritas y no escritas, y las que tienen que ver con la rigidez de las constituciones para fines de su modificación, resulta importante identificarlas con un paradigma moral.

La Constitución, más allá de las propiedades formales, ocupa un lugar en el modelo cívico gracias a su identificación con una concepción determinada de moral pública. El contenido del texto constitucional puede ubicarse dentro de una u otra de las tradiciones políticas que se conciben a sí mismas como la respuesta a los problemas de organización y ejercicio del poder.

Esta versión formal de la Constitución, siempre viene acompañada de una realidad política que es reconocida como una Constitución en sentido material, es decir, la que se identifica con algunas de las tradiciones del modelo cívico que inspiraron al constituyente para darle orientación al texto constitucional, entendido como propuesta de dominación política.

Mientras que la Constitución, desde un ángulo meramente descriptivo, es el conjunto de normas que otorgan validez a un sistema jurídico, el constitucionalismo, desde una perspectiva axiológica, es la manera especial de concebir a un conjunto de normas a partir de determinados principios de moralidad pública.

La orientación política de la Constitución está directamente vinculada con las tradiciones de moral pública que inspiran al legislador constituyente. En este sentido, la estructura de las constituciones ofrece espacios en donde las tradiciones del modelo cívico pueden encontrar acomodo. En la medida que el constitucionalismo se traduce en la interpretación de la letra constitucional que oscila entre los extremos que señalan las tradiciones políticas del modelo cívico, son normales las "...situaciones en las que se pretendió hacer de la parte orgánica un simple instrumento de la dogmática, y la reacción de

quienes actúan como autoridades ha sido precisamente la contraria: disminuir o conformar lo que se declara como dogma, para adecuarlo a la organización, llegando a hacer de éstas una condición indispensable de los derechos del gobernado”.⁷⁹

Cualquiera que sea el constitucionalismo adoptado, es posible afirmar que las constituciones no pueden permanecer ajenas a la materialización del derecho. “Los principios morales del derecho natural se han convertido en los Estados constitucionales modernos en derecho positivo. Por eso las vías de fundamentación institucionalizadas mediante procedimientos jurídicos, cuando se les mira desde la perspectiva de una lógica de la argumentación, permanecen abiertas a discursos morales”.⁸⁰

La dicotomía formal-material de la concepción positivista del derecho hace crisis de manera importante en el derecho constitucional. En la medida que el legislador es testigo principal de las demandas de justicia material -propias del crecimiento del Estado-, se ve en la necesidad de tomarlas en cuenta e incorporarlas en la Constitución. Al hacer esto, se consuma la materialización del derecho constitucional.

El desarrollo constitucional en el marco de la deformalización jurídica encuentra en el procedimiento un mecanismo necesario para institucionalizar las actividades de los tres poderes del Estado. Sin la existencia de procedimientos resulta muy difícil defender la racionalidad del derecho con un sentido moral práctico. De esta manera, “...estos procedimientos establecen una conexión entre toma de decisiones y deberes de fundamentación. Lo que de esta forma se institucionaliza son discursos jurídicos que no sólo operan bajo las restricciones externas que les impone el procedimiento jurídico, sino

⁷⁹ Andrés Lira, “Las opciones políticas en el Estado liberal mexicano, 1853 – 1910”, en María del Refugio González, coordinadora, *La formación del Estado mexicano*, México, D. F.: Porrúa, 1984, p. 136.

⁸⁰ Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, p. 545.

también bajo las restricciones internas anejas a la generación argumentativa de buenas razones”.⁸¹

Gracias a los procedimientos es posible contar con una estructura para que las discusiones sobre los asuntos públicos sean razonables y hagan posible la confección de acuerdos. “Las reglas de argumentación anejas a los distintos tipos de discursos institucionalizados no dejan la construcción y valoración de las razones al arbitrio de los participantes. Y esas reglas sólo pueden ser cambiadas a su vez razonando la necesidad de un cambio. Finalmente, hay que tener presente que los discursos jurídicos, cualquiera sea su modo de vinculación al derecho vigente, no pueden moverse en un universo cerrado de reglas jurídicas unívocamente fijadas. Esto es algo que se sigue de la propia estructuración del derecho moderno en reglas y principios”.⁸²

Estas reglas y principios, como partes esenciales del discurso constitucional, son factores principales que le dan un sesgo particular a la Constitución. Suelen ser usados en la actividad del juzgador que interpreta el sentido de la Constitución para aplicar la norma a un caso concreto. “Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado..., informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante”.⁸³ La intervención del juzgador al acudir a estos principios confirma la introducción de elementos valorativos en el cuerpo del derecho positivo.

En otras palabras, esto es así porque la Constitución no es una herramienta moralmente neutra. “Muchos de estos principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el

⁸¹ *Idem.*, p. 544.

⁸² *Idem.*, pp. 544 – 545.

⁸³ Albert Calsamiglia, “Ensayo sobre Dworkin”, en Ronald Dworkin, *Op. Cit.*, p. 9.

caso del derecho constitucional".⁸⁴ En la medida que el legislador constituyente y el juzgador acuden a principios que le imprimen un sello a la Constitución, definen la naturaleza y alcance de los derechos que responden a una concepción particular de moral pública.

El impacto de la materialización del derecho en la teoría constitucional es particularmente visible en el equilibrio entre los poderes del Estado. De acuerdo a la teoría constitucional cada uno de los poderes tiene sus propios recursos para ejercer su autoridad. Mientras que el poder legislativo manda mediante la ley, el ejecutivo lo hace por medio de la fuerza material del gobierno. El poder judicial, carece de los atributos de los otros dos poderes. En la medida que los jueces sólo aplican la voluntad del legislador contenida en la ley y carecen de la fuerza material del poder ejecutivo, es posible afirmar que el poder judicial se debe al legislativo y al ejecutivo pues sin su colaboración difícilmente podría cumplir sus funciones.

Sin embargo, la especialización jurídica producto de las exigencias de justicia material que enfrenta el Estado ha modificado la visión tradicional de un poder judicial sin peso específico y voz propia en la orientación constitucional de las sociedades contemporáneas. "La sustitución del derecho estrictamente formal por regulaciones elásticas, deformalizadas, abre el camino por el que la Justicia y la Administración se sustraen a la supremacía del poder legislativo y, por tanto, a la única fuerza legitimadora, a saber, a la que proviene del procedimiento democrático de producción legislativa".⁸⁵

La materialización del derecho ha colocado a los procedimientos parlamentarios que legitiman las leyes y a los procedimientos jurisdiccionales que legitiman las resoluciones judiciales en un punto de colisión evidente. Es importante, por lo tanto, indagar el papel de estos procedimientos en la racionalidad del estado de derecho como factores de legitimidad de la dominación.

⁸⁴ Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, p. 545.

⁸⁵ Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, p. 550.

El avance de la materialización del derecho ha tenido como consecuencia el predominio de los tribunales cuya consecuencia ha sido “...un desplazamiento de la dominación legal –de la dominación de la legalidad de leyes y medidas- por una “dominación en virtud de una legitimidad sancionada por los jueces”.⁸⁶

¿A qué tipo de racionalidad responde la intervención judicial en la aplicación del derecho? La defensa de la posición protagónica de los tribunales obedece al temor hacia las mayorías parlamentarias. Por ello, esta visión argumenta a favor de “Una Justicia que pueda orientarse por principios jurídicos suprapositivos, constituiría un contrapeso contra el “positivismo de los fines o el positivismo del poder” de mayorías carentes de pensamiento, ciegas al derecho, intimidadas o violentadas”⁸⁷

Una de las preocupaciones de John Stuart Mill es el efecto coercitivo de la opinión mayoritaria. “Como sucede con otras tiranías, en un principio se temió a la de la mayoría, y el vulgo la teme todavía, principalmente porque se aplica mediante actos de las autoridades públicas. Sin embargo, las personas que reflexionan se dan cuenta de que, cuando la misma sociedad es el tirano –la sociedad colectiva sobre los individuos aislados que la componen-, sus medios de tiranización no se limitan a los actos que puede llevar a cabo por medio de sus funcionarios públicos”.⁸⁸

Tan importante es el resultado de la actividad de las mayorías como los medios para construirlas. El procedimiento para confeccionar las decisiones mayoritarias es un factor clave para conocer la manera cómo se integra el consenso. El consenso es el producto de la voluntad mayoritaria, que obedece a la lógica de un individuo-un voto. Tanto la aprobación de las leyes en el parlamento como la adopción de decisiones colegiadas en

⁸⁶ *Idem.*, pp. 532 – 533.

⁸⁷ *Idem.*, p. 533.

⁸⁸ John Stuart Mill, *Op. Cit.*, p. 5

determinados tribunales utilizan el recuento de las opiniones individuales como mecanismo necesario para construir una posición colectiva. El seguimiento de este tipo de procedimientos constituye la base de la legitimidad de las resoluciones edificadas bajo el criterio de mayoría.

En la medida que el consenso suele ser el resultado de la inclinación social a la conformidad, las reglas para llegar a un consenso son relevantes no sólo porque son el medio para obtener la voluntad de la mayoría, también lo son porque son el recurso disponible para aquellos que sostienen posiciones minoritarias y exigen que sus puntos de vista sean tomados en cuenta, aun en contra de la voluntad mayoritaria.

En este sentido, Mill sostiene lo insuficiente que resulta la protección contra la tiranía del magistrado, ya que igualmente importante es poner a salvo a los individuos "...en contra de la tiranía de la opinión y los sentimientos predominantes, así como en contra de la tendencia social a imponer por medios distintos a las penas civiles, sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta sobre aquellos que disienten a fin de esclavizar el progreso, impedir, si es posible, la formación de cualquier individualidad que no armonice con sus costumbres y obligar a todos los caracteres a que se ajusten a su propio patrón".⁸⁹

El peso de la voz social, como es de suponer, tiene oportunidad para manifestarse en todo tipo de espacios colectivos, públicos y privados. Los parlamentos y los tribunales no escapan a esta inercia. La expresión de puntos de vista disidentes no es una tarea sencilla, dada la presión social para que prevalezcan las ideas de la mayoría.

Al respecto, cabe destacar la función correctiva del disenso de las decisiones colectivas, como sucede en el mundo del poder judicial, es decir, "...el hecho sorprendente que cuando comparten asiento con dos jueces demócratas, los jueces republicanos a menudo tienden a votar como demócratas, y cuando

⁸⁹ *Idem.*, pp. 5 - 6.

comparten asiento con dos jueces republicanos, los jueces demócratas a menudo tienden a votar como republicanos”.⁹⁰

La influencia social de la mayoría puede arrojar resultados contraproducentes y conducir a los individuos y a las instituciones por caminos inesperados, con costos considerables para la colectividad. El carácter aparentemente inexorable de los consensos descansa, en buena medida, en el papel que juegan la información y la reputación en la construcción de decisiones colectivas.

Ambos factores explican la inclinación humana para defender todo tipo de argumentos que favorezcan la conformidad. En la medida que los individuos están dispuestos a renunciar a información propia y confiar en información ajena, reprimen sus propias convicciones; muchas ocasiones lo hacen, además, por mantener intacta su imagen ante el resto de la colectividad. De esta manera, los consensos adoptados sobre procedimientos rudimentarios soslayan información relevante y se apoyan sobre consideraciones subjetivas que impiden tomar las decisiones más racionales para la colectividad.

Por ello, “...en sociedades funcionales, los derechos y las instituciones están diseñados para reducir los riesgos que acompañan a la conformidad. La libertad de expresión es el ejemplo más obvio”.⁹¹

Al mismo tiempo, la invitación para aplicar normas y principios de justicia material abre la interrogante sobre la naturaleza racional de estas argumentaciones valorativas, en tanto ponen en entredicho la seguridad jurídica como elemento fundamental para asegurar el carácter predecible de las leyes, propio de la racionalidad del estado de derecho.

⁹⁰ Cass Sunstein, *Why societies need dissent*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 2003, p. 23.

⁹¹ *Idem.*, p. 7.

En la medida que la construcción de los procedimientos y la exposición de los argumentos morales se consideran actividades complementarias, será posible ofrecer una salida racional al conflicto señalado entre las leyes y las resoluciones judiciales.

La validez de los alegatos a favor de principios morales depende, en buena medida, de su sometimiento a procedimientos contruidos racionalmente, cuyo objetivo sea alcanzar la imparcialidad de las decisiones judiciales. A su vez, sólo aquellos procedimientos cuyo diseño acepte la incorporación de principios morales hará posible que los juzgadores tengan un sustento lógico para aplicar los principios que resulten convenientes al caso concreto.

La fuerza procedimental del derecho y la amplitud argumentativa de la moral sugieren la conveniencia de destacar la importancia de las conexiones entre el derecho y la moral. “La legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales”.⁹²

En este orden de ideas, es posible aplicar el mismo razonamiento a la supremacía constitucional. Para que la Constitución sea reconocida como la norma de dominación legítima más importante, resulta indispensable que la interpretación constitucional se apoye en principios y procedimientos que reconozcan los vínculos entre moral y derecho como el medio necesario para dotar de legitimidad a la legalidad que se desprende del texto constitucional.

⁹² Jürgen Habermas, *Op. Cit.*, pp. 556 – 557.

III. El constitucionalismo liberal y el constitucionalismo decisionista

En primer lugar, haré referencia al constitucionalismo emparentado con la tradición liberal. Bajo esta óptica, los individuos encuentran en la Constitución la herramienta idónea para fundamentar la defensa de sus derechos.

En este contexto, la concepción liberal del Estado es negativa y recomienda su reducción a una expresión mínima. “El Estado liberal es el Estado que permitió la pérdida del monopolio del poder ideológico, mediante la concesión de los derechos civiles, entre los cuales destaca el Derecho de libertad religiosa y de opinión política...”⁹³ Gracias a ello, la idea del Estado mínimo descansa en la posición filosófica según la cual el individuo, como ser en sí, es un fin en sí mismo, nunca un medio. La modernidad política propone como centro al individuo, haciendo un lado a la asociación, bien sea ésta el Estado, la comunidad o el gremio. “La política dejó de girar en torno al colectivo; el nuevo eje rector fue el sujeto singular. Es la prioridad lógica y axiológica del individuo sobre el grupo. Esto conlleva la idea de que el Estado se constituye para servir al individuo y no a la inversa”.⁹⁴ Gracias a esta concepción del individuo, el Estado no precede al individuo, lo que hace posible que el Estado se construya en interés del individuo y no al revés.

La lógica de la supremacía constitucional, por lo tanto, obedece a la delimitación del Estado para la protección de los derechos individuales. “La teoría constitucional sobre la cual se basa el gobierno... no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución, y particularmente el “Bill of Rights”, está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun

⁹³ Norberto Bobbio, “Liberalismo viejo y nuevo”, en Norberto Bobbio, *Op. Cit.*, p. 90.

⁹⁴ *Idem.*, p. 21.

cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común”.⁹⁵

Gracias a ello, la Constitución puede ser vista como algo más que el conjunto de reglas que ordenan el funcionamiento del Estado; es decir, puede ser comprendida como el conjunto de reglas comprometidas en la defensa de la libertad individual. No hay que olvidar que la Declaración de Derechos del Hombre sostiene que será constitucional un Estado que garantice los derechos individuales y se organice según el esquema de la separación de poderes.

Por lo que toca a los derechos individuales, éstos carecerían de sentido si la Constitución no pudiera otorgar seguridad jurídica a los individuos. La noción misma de individuo se vería cuestionada, ya que de no existir un Estado de Derecho, los individuos difícilmente podrían convertirse en ciudadanos. El carácter general y abstracto de la ley confiere racionalidad al orden constitucional. “Mientras los antiguos, sensibles de manera particular al problema del gobierno tiránico, resaltaron sobre todo la función igualadora de la ley, los modernos –la categoría del Estado legal y racional de Weber- han exaltado sobre todo la función que el gobierno puede desarrollar, emanando normas abstractas, en asegurar la previsión y por tanto la posibilidad de calcular las consecuencias de las propias acciones”.⁹⁶

La racionalidad instrumental del Estado moderno coloca el ejercicio del poder político bajo el imperio del Derecho. La legitimidad de la fuerza del Estado se debe a que está regulada por leyes. “El Estado liberal es el Estado que terminó por conservar únicamente el monopolio de la fuerza legítima, cuyo ejercicio está limitado por el reconocimiento de los derechos del hombre, y de

⁹⁵ Ronald Dworkin, “Los casos constitucionales”, en Ronald Dworkin, *Op. Cit.*, p. 211.

⁹⁶ Norberto Bobbio, “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?”, en *Op. Cit.*, pp. 125 – 126.

las diversas obligaciones jurídicas que dieron origen a la figura histórica del Estado de Derecho”.⁹⁷

Bajo estas premisas, “...nació el Estado liberal y se construyó la doctrina del Estado de Derecho, es decir, del Estado que no sólo ejerce el poder *sub lege* sino que lo ejerce dentro de los límites derivados del reconocimiento constitucional de los llamados derechos ‘inviolables’ del individuo”.⁹⁸

De lo anterior se desprende la relación de interdependencia existente entre el Estado liberal y el Estado democrático: “...1) en la línea que va del liberalismo a la democracia, en el sentido de que son necesarias ciertas libertades para el correcto ejercicio del poder democrático; 2) en la línea opuesta, la que va de la democracia al liberalismo, en el sentido de que es indispensable el poder democrático para garantizar la existencia y la persistencia de las libertades fundamentales”.⁹⁹

Por lo tanto, puede afirmarse que el constitucionalismo liberal contiene elementos afines tanto a la tradición liberal como a la democrática. El liberalismo y la democracia tienen puntos de encuentro indiscutibles. Por ejemplo, ambos son construcciones resultado del racionalismo filosófico que cuestionó los abusos del absolutismo político y, también son doctrinas producto de la modernidad política que rechazaban las explicaciones organicistas del Antiguo Régimen. No obstante, también es cierto que existen diferencias de fondo entre ellas y resulta importante señalarlas en la medida que inspiran constitucionalismos con efectos opuestos para los derechos del individuo. De ahí que es relevante mencionar las tensiones conceptuales que encierra el modelo democrático liberal.

Tanto los movimientos nacionalistas como el desarrollo de la sociedad capitalista propiciaron el acercamiento entre la democracia y el liberalismo. La aparición de nuevos actores políticos amplió la competencia por el poder y

⁹⁷ Norberto Bobbio, “Liberalismo viejo y nuevo”, en *Idem.*, p. 90.

⁹⁸ Norberto Bobbio, “El futuro de la democracia”, en *Idem.*, p. 15.

⁹⁹ *Idem.*, p. 15.

provocó que el liberalismo adecuara sus postulados para dar cabida a valores democráticos, como el sufragio universal. “La primera necesidad de la sociedad de mercado era la de un Estado liberal, no de uno democrático: un Estado liberal diseñado para operar con la competencia entre partidos políticos responsables ante un electorado no democrático. El sufragio democrático no fue añadido a este arreglo sino hasta que la clase trabajadora, producida por la economía de mercado, se había vuelto lo suficientemente fuerte para entrar en la competencia y demandar algún peso en el proceso de competencia”.¹⁰⁰

El liberalismo sirvió de marco para que la burguesía aplicara a la vida política valores que le eran de sobra conocidos, es decir, los de la sociedad de mercado. La lógica de la competencia económica marcó la pauta del comportamiento de la vida política. La promoción de actitudes y conductas propias del mercado en donde los individuos son racionales y egoístas; así como el desarrollo de preferencias maximizadoras en donde los criterios para elegir se rigen por la utilidad mayor, dejaron su huella en las relaciones políticas. Todo ello provocó, además, el crecimiento de un individualismo que subrayó la naturaleza inequitativa del liberalismo.

Estos valores distaban mucho de ser democráticos, ya que descansaban en la desigualdad propia de la visión liberal del mercado. Para algunos críticos, los fundamentos valorativos de la democracia liberal dejaban ver “...una combinación forzada entre la teoría liberal clásica y el principio democrático del derecho igual de cada hombre para expresar su voz en la elección de un gobierno, así como para obtener otro tipo de satisfactores. Se trataba de una combinación forzada porque la teoría liberal clásica estaba comprometida con la defensa del derecho individual para la adquisición ilimitada de propiedad privada de la economía de mercado capitalista, por lo tanto, con la desigualdad, y por ello no aceptaba el sufragio universal”.¹⁰¹

¹⁰⁰ Francisco Gil Villegas, *Op. Cit.*, p. 690.

¹⁰¹ *Idem.*, p. 690.

Por lo tanto, la homogeneidad que propicia la democracia y la pluralidad que propone el liberalismo cuestiona la congruencia interna entre la democracia y el liberalismo. Desde esta perspectiva, "...la crisis de la democracia liberal se originaba en una "unidad precaria" de la alianza histórico coyuntural de la democracia con el liberalismo; unidad contradictoria que debería resolverse tomando partido por uno de sus elementos".¹⁰²

Las complicaciones del binomio formado por las tradiciones liberal y democrática obedecen, para unos, tanto al sacrificio de la igualdad en aras de la libertad, como al sacrificio de la libertad en aras de la igualdad. Para otros, las complicaciones de la fórmula tienen que ver con el sacrificio de la pluralidad en beneficio de la homogeneidad del Estado y viceversa. Esta situación supone la diversidad de los referentes morales de los derechos individuales que pueden desprenderse de la democracia liberal, al tiempo que pone al descubierto las tensiones de la supuesta complementariedad íntima entre la democracia y el liberalismo.

Por lo que toca a la separación de poderes, la creación, aplicación e interpretación de la ley no pueden concebirse sin uno de los corolarios más importantes del constitucionalismo liberal que, al establecer la división del poder del Estado, propicia su dispersión y, con ello, garantiza al individuo una esfera de libertades, cuyo propósito central es impedir que el Estado sea demasiado fuerte y quebrante los derechos individuales.

A pesar que la Constitución contiene en el esquema de equilibrio de poderes, los contrapesos necesarios para frenar los efectos del crecimiento de la racionalidad instrumental del Estado, queda abierta la posibilidad para que la autoridad vulnere la esfera privada de las personas en aras de un proyecto político mayoritario. Lo anterior no carece de importancia, porque la libertad del individuo está en juego y sugiere que, en el modelo democrático liberal, el componente democrático, por sí solo, es un factor insuficiente para dotar a los

¹⁰² *Idem.*, pp. 697 – 698.

individuos de una esfera de autonomía, que les permita ejercer sus derechos y llevar una vida de acuerdo a sus convicciones.

La tendencia del Estado moderno hacia la especialización técnica ha hecho inevitable el surgimiento de un cuerpo burocrático cuyo conocimiento y la información de la que dispone le han permitido apoderarse de las riendas del Estado en detrimento del propio Jefe del Estado, del Parlamento y de los ciudadanos. “En el mundo contemporáneo lo decisivo, desde el punto de vista de valores de la herencia cultural de Occidente, es evitar que una burocracia monolítica, centralizada y predominantemente técnica extermine el margen relativo de la autonomía individual,...”.¹⁰³ De ahí que Weber considera que sólo un fuerte control parlamentario podría limitar los excesos de la racionalidad instrumental de la burocracia estatal, con el fin de salvaguardar las condiciones de existencia de una democracia política.¹⁰⁴

Sin embargo, el proceso de centralización burocrática del Estado moderno llevó “...a Weber a la conclusión de que el horizonte futuro de la expansión de la racionalidad instrumental en la sociedad moderna, no apunta hacia ‘la alborada del estío, sino que tenemos delante de nosotros una gélida y oscura noche polar’”.¹⁰⁵

Por ello, el desafío del constitucionalismo liberal es la promoción del pluralismo de estructuras burocráticas como medio para hacer frente a la tendencia centralizadora del Estado y abrir espacios de autonomía para el individuo.

¹⁰³ Francisco Gil Villegas, “Carl Schmitt y Max Weber: dos interpretaciones divergentes del significado de la racionalidad instrumental en la política moderna”, en Víctor O. Alarcón y César Cansino, coordinadores, *Carl Schmitt: enfoques críticos*, México, D. F.: Centro de Investigación y Docencia Económica – Universidad Autónoma Metropolitana Iztapalapa, 1989, p. 67.

¹⁰⁴ Cfr. Max Weber, “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada (1917 – 1918)”, en *Op. Cit.*, pp. 67 – 282.

¹⁰⁵ Francisco Gil Villegas, *Op. Cit.*, p. 77.

Este pluralismo de instancias burocráticas constituye, en el fondo, una propuesta de división de poderes que encuentra en estas configuraciones una alternativa valiosa, ya que “el individuo aislado, no puede oponerse al poder de una organización burocrática; la única forma de luchar contra una burocracia es por medio de otras burocracias. Sólo la competencia y el conflicto entre varias configuraciones de poder permite conservar y salvaguardar un margen de libertad para la acción individual, la cual aumentará en la medida en que el individuo pueda oponer hábilmente entre sí las diversas estructuras burocráticas para obtener sus propios fines”.¹⁰⁶

En este orden de ideas, “los parlamentos modernos son representaciones de quienes son gobernados con los medios de la burocracia”.¹⁰⁷ Como producto de la división de poderes, la actividad parlamentaria genera el llamado “gobierno por discusión” que abre paso a la tolerancia entre los individuos como la virtud típica del liberalismo y decisiva para la conservación de sus derechos. En este sentido, es lógico que a partir de su rechazo a las opiniones unitarias, el parlamentarismo constituye una expresión innegable del pluralismo que impone límites a la expansión técnica del Estado y una institución indispensable para la vida política de una democracia. “Un Parlamento fuerte y unos partidos parlamentarios responsables, constituyen, precisamente en la situación actual de selección de los dirigentes, las condiciones fundamentales para una política estable; esto quiere decir que la función del Parlamento es ser el lugar para la acreditación y elección de los líderes de masas como dirigentes del Estado”.¹⁰⁸

La resignación de Weber frente a la racionalidad instrumental del Estado resulta evidente, si se toman en cuenta los medios a los que recurrió para defender a la democracia parlamentaria. Se trata de una argumentación en la que “...había que poner a un lado todos los pruritos iusnaturalistas para hacer frente a la racionalidad instrumental con sus propios medios. Después de

¹⁰⁶ *Idem.*, p. 66.

¹⁰⁷ Max Weber, *Op. Cit.*, p. 125.

¹⁰⁸ *Idem.*, p. 223.

todo, en esta defensa realista de la democracia, Weber no hacía otra cosa que aplicar fielmente una de las más célebres máximas del realismo político: el fin justifica los medios”.¹⁰⁹

En este sentido, Weber defendió a la democracia con ayuda del parlamento, una institución de corte liberal cuyas funciones aseguran “...la transparencia de la Administración, la fijación del presupuesto y, finalmente... la discusión y aprobación de los proyectos de ley, funciones éstas que son realmente insustituibles en toda democracia”.¹¹⁰

La posición de Weber, sin embargo, no constituye un alegato en favor de la democracia considerada “...como un valor en sí mismo, sino como un medio para garantizar las condiciones institucionales del desarrollo de otro tipo de valores tales como: 1) la preservación de un relativo margen de autonomía y maniobra para la libertad individual, frente al sofocante crecimiento de las restricciones organizativas de la burocracia, lo cual es un valor que pertenece esencialmente al ámbito del liberalismo...”¹¹¹

En otras palabras, el realismo pluralista planteado por Weber permite definir los límites de las instituciones políticas, defender el marco de los derechos individuales y el valor de la democracia necesarios para “... subrayar el componente pluralista, tolerante y liberal de esa forma de gobierno, a fin de fortalecer la sociedad abierta y combatir todas las formas de fundamentalismo, incluidas aquellas basadas en la creencia de la ‘soberanía popular’ y de la democracia como tiranía de la mayoría”.¹¹²

El elemento medular del constitucionalismo liberal es el pluralismo valorativo. Defiende a los individuos de la homogeneidad moral y ocasiona que las sociedades liberales sean inestables. El constitucionalismo liberal sirve de

¹⁰⁹ Francisco Gil Villegas, “Democracia y liberalismo en la modernidad: una perspectiva teórica”, en *Op. Cit.*, p. 710.

¹¹⁰ Max Weber, *Op. Cit.*, pp. 213 – 214.

¹¹¹ Francisco Gil Villegas, *Op. Cit.*, p. 709.

¹¹² *Idem.*, p. 715.

marco institucional al liberalismo político que busca estabilidad y justicia para la sociedad, así como libertad e igualdad para los individuos. No obstante, ambos objetivos colocados frente a frente son susceptibles de provocar tensiones sociales.

Para atenuar esta inestabilidad, el liberalismo político significa una concepción de justicia política aceptable para todos los individuos que expresen sus puntos de vista de manera razonable. “El problema del liberalismo político consiste en elaborar una concepción de la justicia política para un régimen constitucional democrático, concepción que la pluralidad de doctrinas razonables pudiera aceptar y suscribir”.¹¹³ El objetivo del liberalismo político, entendido como mecanismo de justicia política, es darle estabilidad y permanencia a una sociedad que, en principio, está integrada por individuos libres e iguales que interactúan en un contexto caracterizado por la diversidad moral de cosmovisiones irreconciliables entre sí.

Esta idea de justicia política debe partir de una base pública de justificación sobre cuestiones políticas fundamentales, frente a cada una de las doctrinas que los individuos suscriben y defienden desde sus propios valores y convicciones. El liberalismo político propone las condiciones de la base pública y demuestra porqué resulta aceptable. Para ello, traza las fronteras entre los puntos de vista públicos y los que no lo son. En el mismo sentido, resulta fundamental apuntar que el liberalismo político defiende la construcción de postulados razonables frente a la veracidad de los juicios de doctrinas particulares; lo que significa que el liberalismo se concreta a articular valores políticos, que pertenecen estrictamente al dominio público.

Una vez deslindados estos ámbitos, el liberalismo político plantea una concepción de justicia que únicamente toma en cuenta valores o principios políticos. Estos valores son construidos por los individuos bajo supuestos de razonabilidad con el fin de regular la estructura básica de la sociedad.

¹¹³ John Rawls, *Op. Cit.*, p.13.

En esta labor, el liberalismo político no critica ni rechaza los puntos de vista particulares ajenos al mundo de lo público. Tampoco intenta eliminarlos ni sustituirlos por una doctrina única o verdadera. Guarda una imparcialidad frente a ellas y permite que sus perspectivas respondan a sus propias cuestiones fundamentales. El objetivo es propiciar las condiciones que abran paso a un consenso traslapado en el que los individuos conserven sus propias doctrinas, al tiempo que se incorporan a una concepción política general, cimiento del liberalismo político.

¿Cuál es la propuesta del liberalismo político para resolver este problema? Un esquema de justicia política aceptable para todas las doctrinas que coexisten entre sí. En este esfuerzo por crear un marco de justicia política, el liberalismo político presenta las bases públicas que justifiquen las cuestiones políticas fundamentales y demostrar porqué éstas pueden resultar aceptables.

La justicia política es, en otras palabras, una plataforma normativa para el desarrollo de una actividad típica del liberalismo político: la discusión pública que les permite a los individuos decidir sobre los asuntos políticos fundamentales, como son sus derechos, su defensa por los mismos individuos, así como la actuación del órgano del Estado responsable de la defensa de la Constitución.

* * *

A partir de la teoría de la voluntad general, Carl Schmitt elaboró su doctrina decisionista sobre la naturaleza de la Constitución. Esta propuesta, en su búsqueda por justificar el soporte real de la Constitución, fundó el aspecto normativo en una concepción de moral pública en la que lo colectivo prevalece sobre la libertad de los individuos. Desde una concepción absoluta, Schmitt identifica la Constitución con la unidad política del pueblo. En este sentido, la Constitución es el alma del Estado particular y concreto, en su existencia política concreta. “El Estado no tiene una Constitución “según la que” se forma y funciona la voluntad estatal, sino que el Estado es

Constitución, es decir, una situación presente del ser, un status de unidad y ordenación”.¹¹⁴

Carl Schmitt distingue entre Constitución y leyes constitucionales. Argumenta “que no debe limitarse a disolver la primera en una pluralidad de leyes, para después tratar de agruparlas mediante una categoría formal. La Constitución surge mediante un acto del Poder Constituyente, que “...no contiene como tal unas normaciones cualquiera, sino, y precisamente por provenir de un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia”.¹¹⁵

Esta manera de entender a la Constitución como decisión política de un poder constituyente tiene consecuencias claras. “La Constitución no es absoluta ni vale en razón de sus elementos internos o su propia sistemática, vale por virtud de la voluntad política existencial que se le da. Frente a la decisión existencial misma de la unidad política, toda regulación normativa es secundaria”.¹¹⁶

En este orden de ideas, la centralización del poder –como consecuencia de la racionalidad instrumental del Estado, es un elemento principal de la visión de Schmitt sobre la política y el Estado y, en ella sobresale el poder constituyente que da origen a la Constitución y centraliza las decisiones políticas.

El peso que Schmitt reconoce al momento constituyente y el carácter excepcional de la decisión del soberano, ilustra su poco interés por defender al Estado liberal y a los derechos individuales, en el que la autoridad está sometida a lo establecido en las leyes. “La Constitución no fue nunca, para él, una norma general, impersonal y positiva, desligada de las circunstancias políticas y sociales. Toda Constitución es el resultado de una decisión política

¹¹⁴ Carl Schmitt, *Op. Cit.*, p. 30.

¹¹⁵ *Idem.*, p. 46.

¹¹⁶ José Ramón Cossío Díaz, *Cambio social y cambio jurídico*, México, D. F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México – Miguel Ángel Porrúa, 2001, p. 111.

del poder; no se trata de una soberanía distinta de la del Estado ni, mucho menos, es un sinónimo del Estado. La legitimidad no puede someterse a los dictados de la legalidad formal”.¹¹⁷ Esto significa que, en tanto que la Constitución es un instrumento del poder político, es susceptible de experimentar todos los cambios que las decisiones políticas determinen.

Derivado del ambiente de postración económica y descomposición política de la República de Weimar, Schmitt defendió a toda costa la importancia de la unidad del Estado, como el único medio para salvarlo del abismo. “Creía que la manera de salvar a la república amenazada era robusteciéndola con permisos, no asfixiándola con limitaciones”.¹¹⁸

Schmitt afirma que “El principio roussoniano de que “hay que forzar al hombre a ser libre” es intolerante, antipluralista y antiliberal, pero no antidemocrático si se concibe a la democracia sobre la base de una unanimidad homogénea”.¹¹⁹ Lo anterior, le da pie a Schmitt para sostener que la democracia se basa en la identidad del gobierno con los gobernados y por ello “...es propia de la democracia, en primer lugar, la homogeneidad, y, en segundo lugar, -y en caso de ser necesaria- la eliminación o destrucción de lo heterogéneo”.¹²⁰

La homogeneidad de los individuos se debe a la forma singular como se construye la voluntad general. “Obligar a un hombre a ser libre es obligarlo a comportarse de manera racional. Un hombre es libre cuando obtiene lo que desea; lo que en realidad desea es un fin racional. Si no desea un fin racional, entonces en realidad no desea; si no desea un fin racional, lo que desea no es la auténtica libertad sino una falsa libertad”.¹²¹

¹¹⁷ José María Pérez Gay, “Carl Schmitt: teólogo de la política”, en Víctor Alarcón Olguín y César Cansino, *Op. Cit.*, p. 11.

¹¹⁸ Jesús Silva Herzog Márquez, en *Op Cit.*, p. 22.

¹¹⁹ Francisco Gil Villegas, “Democracia y liberalismo en la modernidad: una perspectiva teórica”, en Foro Internacional, *Op. Cit.*, p. 698.

¹²⁰ Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, 2ª edición, Madrid: Tecnos, 1996, p. 12.

¹²¹ Isaiah Berlin, “Rousseau”, en *La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana*, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 72.

Opuesto a la racionalidad normativista de Weber y Kelsen, desde una perspectiva realista en la que prevalece la racionalidad instrumental propia del Estado moderno, Schmitt defiende la centralización del poder. En su opinión, la técnica tiene un lugar preponderante en el Estado moderno, donde el empleo de ciertos medios para alcanzar fines determinados constituye uno de los rasgos característicos de su actividad. El predominio de la técnica, propio de la civilización occidental, ha provocado “que como consecuencia de la expansión de la racionalidad instrumental en la modernidad, el Estado típicamente moderno tiene una tendencia natural e irreversible hacia la centralización burocrática”.¹²²

Por lo tanto, Schmitt se opone al parlamentarismo, ya que éste plantea una pluralidad de posiciones en la integración de la voluntad del Estado, contrario a su naturaleza. “La crítica de Schmitt a la ‘discusión interminable del parlamento’, donde no se pueden tomar decisiones efectivas y donde se socava con el pluralismo fragmentario de los diversos intereses partidistas la unidad estatal, proviene de su inclinación por defender a toda costa el Estado autoritario de la modernidad”.¹²³

En la lógica de Schmitt, las decisiones fundamentales tienen que ver con el destino de la comunidad política, por lo tanto, resulta inconcebible que éstas queden en manos de un parlamento que, además de fragmentar la voluntad del Estado, sólo encarna una formalidad vacía de contenido. “El racionalismo de la teoría del equilibrio recíproco de la separación de poderes implica un relativismo, un compromiso transaccional de las distintas posiciones políticas, donde el parlamento queda limitado a la actividad de legislar y por lo tanto no puede alcanzar más que una verdad ilimitada”.¹²⁴

¹²² Francisco Gil Villegas, “Carl Schmitt y Max Weber: dos interpretaciones divergentes del significado de la racionalidad instrumental en la política moderna”, en Víctor Alarcón Olgún y César Cansino, *Op. Cit.*, p. 65.

¹²³ Francisco Gil Villegas, “Democracia y liberalismo en la modernidad: una perspectiva teórica”, en Foro Internacional, *Op. Cit.*, p. 703.

¹²⁴ *Idem.*, p. 702.

Únicamente el pueblo, reunido en una asamblea constituyente, puede modificar estos principios constitucionales, debido a que las decisiones fundamentales giran en torno al ser político del Estado. En la concepción de Carl Schmitt, las decisiones fundamentales “...son más que leyes y normaciones; son las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo alemán y forman el supuesto básico para todas las posteriores normaciones, incluso para las leyes constitucionales”.¹²⁵

La doctrina constitucional de Schmitt descansa en el significado del acto constituyente. “En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente,...”.¹²⁶ La fuerza creadora que Schmitt atribuye al evento constituyente revela su formación intelectual. El momento generador de la Constitución supone para el pueblo una verdadera situación límite, en la que está en juego su naturaleza e identidad políticas, que lo obligan a elegir una opción fundamental en su trayectoria política. Por ello, la decisión se presenta como un momento crucial, una cosa existencial diría Schmitt, en la que una sociedad elige su forma de ser política. “La esencia del Estado se reduce necesariamente a una decisión absoluta –un acto milagroso creador de la nada-, que no necesita ninguna justificación”.¹²⁷

El acto constituyente implica un momento extraordinario en la vida política de un pueblo, un evento ajeno a la normalidad, en el que “la voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser”,¹²⁸ y que demuestra la unidad política que hace posible la creación de la Constitución. El carácter excepcional de la asamblea constituyente propuesto por Schmitt, demuestra su intención por sustentar su teoría al margen de cualquier idea normativa que rompa con la unidad estatal.

La asamblea constituyente encierra el instante en el que una sociedad política decide su destino, es el momento en que se plantea el problema de la

¹²⁵ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución, Op. Cit.*, p. 48.

¹²⁶ *Idem.*, p. 47.

¹²⁷ José María Pérez Gay, *Op. Cit.*, p. 5.

¹²⁸ Carl Schmitt, *Op. Cit.*, p. 34.

formación del poder, en el que la legalidad y la legitimidad se enfrentan entre sí. Es evidente que Schmitt elige el camino de la unidad política que precede a la norma no creada.

Por ello, la concepción normativa queda al margen nuevamente y es desplazada por la presencia humana en la creación de las leyes. “Tanto el gran legislador, el sapiente, como el fundador de Estados, el héroe, son personajes excepcionales que aparecen en situaciones fuera de lo común y realizan sus acciones en momentos de inicio o de ruptura. En realidad, el gobierno de los hombres más que una alternativa al gobierno de las leyes es una subrogación necesaria en épocas de crisis”.¹²⁹

El carácter excepcional e inmutable de estas decisiones ilustra el carácter centralizador del constituyente y la vocación autoritaria de Schmitt: “...toda autoridad superior implica una decisión y la decisión tiene en sí misma un valor enorme, porque en las cosas más apremiantes es más importante decidirse que saber cómo o por qué nos decidimos. Lo esencial es que ninguna instancia superior revise o revoque la decisión”.¹³⁰

En pocas palabras, se trata de una figura política dotada con poderes extraordinarios para responder a las expectativas del Estado de excepción, que recurre a “la figura clásica de la superioridad y, en cierto sentido, de la necesidad, del gobierno del hombre sabio frente al de las buenas leyes, está representada por el gran legislador”.¹³¹

El líder político que se encumbra por encima del orden normativo, que toma decisiones en nombre de la sociedad parte de la lógica de la voluntad general que sólo se entiende si se acepta que “...los hombres no saben lo que en realidad desean; y por tanto, al deseárselo por éstos, al deseárselo en nombre de

¹²⁹ Norberto Bobbio, “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?”, en Norberto Bobbio, *Op. Cit.*, pp. 132 – 133.

¹³⁰ José María Pérez Gay, *Op. Cit.*, p. 11.

¹³¹ Norberto Bobbio, “¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?”, en *Op. Cit.*, p. 130.

ellos, estamos dándoles lo que en algún sentido oculto, sin saberlo ellos mismos, ellos “en realidad” desean”.¹³²

El razonamiento decisionista permitió a Schmitt sostener que “La decisión del Führer es auténtica justicia. Hitler no se somete a la justicia: él es la justicia misma. Adolf Hitler es el juez, porque su capacidad de jurisdicción emana de la fuente misma de donde nace el derecho de cualquier pueblo. En el instante del peligro, conserva y protege el derecho... todo derecho nace en el derecho vital del pueblo,. Toda ley del Estado, todo juicio sumario se convierte en derecho en la misma medida que nace de esa fuente... cuyo contenido y fuerza determina el Führer Adolf Hitler”.¹³³

A partir de esta concepción, Schmitt orienta su esquema constitucional con un sesgo marcadamente autoritario, marcado por “...la esencia auténtica de la política moderna, tal y como la concibe Schmitt al afirmar que “la práctica del poder político se manifiesta en la pura consecuencia de su tecnicidad”.¹³⁴ En este ambiente, está claro que el individuo carece de los márgenes de acción necesarios para poner a salvo su esfera de libertad.

En la medida que la técnica supone la utilización de procedimientos idóneos para la consecución de las finalidades que se persiguen, “la racionalidad técnico instrumental del Estado moderno está indudablemente vinculada a la autoridad más alta, por lo tanto autoritaria, porque sólo el monopolio de su concepción racional garantiza la más alta seguridad. Las concepciones alternativas de una pluralidad de poderes indirectos son irracionales, en tanto divergen de la racionalidad centralizada de la más alta autoridad y carecen del sentido técnico instrumental propio de la esencia más fundamental del Estado moderno”.¹³⁵

¹³² Isaiah Berlin, “Rousseau”, en *Op. Cit.*, pp. 72 – 73.

¹³³ José María Pérez Gay, *Op. Cit.*, p. 12.

¹³⁴ Francisco Gil Villegas, “Carl Schmitt y Max Weber: dos interpretaciones divergentes del significado de la racionalidad instrumental en la política moderna”, en Víctor Alarcón Olguín y César Cansino, *Op. Cit.*, p. 74.

¹³⁵ *Idem.*, p. 77.

La aplicación de la técnica no es irrelevante. “Schmitt no hace sino llevar hasta sus últimas consecuencias lógicas las implicaciones represivas y autoritarias programadas en el desarrollo de la racionalidad instrumental”.¹³⁶

Ocasionalista y decisionista, Schmitt justifica teóricamente la centralización del poder, al despojar a la democracia de un contenido específico y presentarla “...meramente como una forma de organización que lo mismo puede ser liberal, conservadora o totalitaria, a pesar de lo paradójico que esto resulte”.¹³⁷

¹³⁶ *Idem.*, p. 74.

¹³⁷ Francisco Gil Villegas, “Democracia y liberalismo en la modernidad: una perspectiva teórica”, en *Op. Cit.*, p. 699.

IV. La defensa de la Constitución

El propósito del control de la constitucionalidad es asegurar la supremacía de la Constitución. De esta manera, este mecanismo busca que la interpretación de las normas que resulte preciso aplicar en un momento determinado, no se aparten del perímetro normativo que marca el orden constitucional. En otras palabras, el control de la constitucionalidad es un mecanismo diseñado para garantizar e imponer la superioridad de la Constitución.

En virtud que los poderes constituidos reciben sus facultades de una fuente superior a ellos mismos, como es la Constitución, el autor de la Constitución debe ser distinto y estar por encima de la voluntad de los órganos creados. Esto significa que ninguno de los poderes constituidos puede cambiar el texto constitucional, lo que supone que la Constitución es rígida y escrita, para conservar su integridad.

La rigidez de la Constitución asegura la conservación de su texto, en tanto que las formalidades requeridas para su modificación disuaden, en principio, la presentación crónica de proyectos de reforma constitucional. Estas propiedades formales de la Constitución tienen que ver con la defensa de la ley fundamental. Si alguna ley debe ser cumplida y observada para poner a salvo los derechos individuales frente al Estado, es la Constitución. “La estabilidad del contenido constitucional es, desde luego, especialmente importante en función de su aplicación en la justicia constitucional. Esa estabilidad se vincula con las decisiones interpretativas de los tribunales constitucionales”.¹³⁸

* * *

Si el control de la constitucionalidad es una tema de fundamental importancia en el constitucionalismo moderno, no es menos importante el asunto relativo

¹³⁸ Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg, *La Odisea constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 88 – 89.

a la identidad del órgano del Estado que asume dicha responsabilidad. No es posible dar por sentado que la Suprema Corte de Justicia o un Tribunal Constitucional siempre se hacen cargo del control de la constitucionalidad. Por ello, resulta ilustrativo referirse a la polémica sostenida entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, en los inicios de la década de los treinta del siglo XX, a propósito de la defensa de la Constitución en la Alemania de la República de Weimar.

Las posiciones sostenidas por Schmitt y Kelsen responden a los modelos de constitucionalismo señalados en el capítulo anterior. El decisionismo de Schmitt y el normativismo de Kelsen los llevaron a un debate intenso en torno a la figura más adecuada para defender la Constitución y, al mismo tiempo, revelador sobre el trasfondo político de cada una de las propuestas.

Schmitt comienza por cuestionar la influencia que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha ejercido sobre los juristas alemanes que, desde una óptica “judicialista”, los ha llevado a proponer como remedio de todo tipo de problemas la puesta en marcha de un procedimiento judicial. Mientras el control constitucional en los Estados Unidos descansa en normas y principios que defienden la ordenación social y económica de la sociedad norteamericana, en Alemania, el control constitucional tiene alcances más reducidos, ya que “...es sólo “accesorio”, y únicamente constituye una “competencia ocasional”; sólo se ejercita de modo eventual, en una sentencia judicial, y conforme a las posibilidades de cada juez, es decir, en forma “difusa”.¹³⁹

La defensa judicial de la Constitución obedece, de acuerdo a Schmitt, a una idea falsa y abstracta del Estado de Derecho que coloca en manos del poder judicial cualquier clase de asuntos, incluidos los políticos que, lejos de darles solución, sólo contribuye a la fragilidad judicial, en la medida que “..la consecuencia no sería una judicialización de la Política, sino una politización

¹³⁹ Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos, 1998, p. 52

de la justicia.”¹⁴⁰ O bien, en palabras de Guizot, “...la política no tiene nada que ganar, y la Justicia puede perderlo todo”.¹⁴¹ En un sentido opuesto, Schmitt previene sobre el efecto paralizador que la judicialidad produce en el orden político.

¿De dónde provienen los peligros que acechan a la Constitución y de quién hay que defenderla? Ante la “autoorganización de la sociedad”, Schmitt sostiene que al desaparecer las fronteras entre Estado y sociedad, surge un Estado integral que abarca todo lo social en el que “...no existe ya sector alguno, frente al cual pueda observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de la no intervención. Los partidos en que se organizan los diversos intereses y tendencias sociales, son la Sociedad misma convertida en Estado de partidos”.¹⁴²

En este contexto, Schmitt considera que el peligro que enfrenta la Constitucional proviene del Parlamento. “No es de extrañar que la protesta contra semejante expansión del Estado aparezca como defensa contra aquella actividad política que en ese momento determina la modalidad del Estado, es decir, como defensa contra el Estado legislativo. Por eso se reclaman garantías contra el legislador”.¹⁴³

Fiel a su visión decisionista y antiliberal del constitucionalismo, Schmitt se lanza en contra del fraccionalismo parlamentario en el que los partidos políticos y las uniones circunstanciales que se producen entre ellos, pulverizan la unidad del Estado. “Así, el Parlamento, en lugar de ser la escena de una actividad libre y unificadora llevada a cabo por representantes nacionales libres, en lugar de ser el transformador de los intereses de partido en una voluntad que esté por encima de todos ellos, se convierte en teatro de la distribución pluralista de las potencias sociales organizadas”.¹⁴⁴

¹⁴⁰ *Idem.*, p. 57.

¹⁴¹ *Idem.*, p. 75.

¹⁴² *Idem.*, p. 136.

¹⁴³ *Idem.*, p. 137.

¹⁴⁴ *Idem.*, pp. 151 – 152.

Ante este estado de cosas, Schmitt acude a la fórmula de la neutralidad como remedio para contener el oleaje del Estado de partidos en coalición que, desde su punto de vista, "...da origen a un Gobierno incapaz de gobernar, a un desgobierno, y de esta ausencia de decisión, de la tendencia a lograr un gobierno efectivo y una auténtica resolución política, se producen las dispersiones más variadas de la sustancia política".¹⁴⁵ Schmitt destaca, por lo tanto, la importancia de instituciones y procedimientos que sean independientes del Estado que actúen como reactivos neutrales que preserven la unidad política del Estado.

Schmitt encuentra en la figura del Jefe del Estado a la institución idónea que, más allá de sus atribuciones, está en condiciones políticas de asegurar la continuidad y permanencia de la unidad política y constitucional que el pueblo le ha conferido, porque su peso político le permite "...crear un cierto centro, un polo fijo en la Constitución".¹⁴⁶

En resumen, Schmitt concluye que en "...la Constitución de Weimar existe ya un defensor de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich. Tanto su estabilidad y permanencia relativa (mandato por siete años, dificultad de su revocación, independencia con respecto a las cambiantes mayorías parlamentarias) como también el género de sus atribuciones, tienen por objeto en el orden político, como consecuencia de su relación inmediata con el conjunto del Estado, crear una institución neutral que como tal sea defensora y garante del sistema constitucional y del funcionamiento adecuado de las instancias supremas del Reich,...".¹⁴⁷

La argumentación de Kelsen es concisa y directa. Desde un principio, Kelsen toma distancia de Schmitt en dos sentidos, por un lado, sostiene que la función política de la Constitución es poner límites al poder y, por ende, que el

¹⁴⁵ *Idem.*, pp. 178 – 179.

¹⁴⁶ *Idem.*, p. 221.

¹⁴⁷ *Idem.*, pp. 249 – 250.

control de la constitucionalidad tiene como objetivo asegurar que esos límites sean respetados, por el otro, afirma que “ninguna instancia es menos idónea para tal función que aquella, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que nadie puede ser juez de su propia causa”.¹⁴⁸

A partir de estas afirmaciones, Kelsen refuta los postulados principales de la tesis de Schmitt. Basta señalar algunos de los comentarios de Kelsen para percatarse que éste es partidario de un constitucionalismo liberal y, sobre todo, de una instancia de carácter jurisdiccional para hacerse responsable de la defensa de la Constitución.

Kelsen cuestiona la afirmación de Schmitt que la defensa de la Constitución deba orientarse básicamente hacia los actos del Parlamento. “¡Cómo si “hoy” en Alemania el problema de la constitucionalidad de la actuación del Gobierno constituido por el Presidente y el consejo de Ministros no fuese una cuestión vital para la Constitución de Weimar!”.¹⁴⁹

En aras de la independencia judicial, Schmitt señala que los asuntos políticos no son justiciables. Al respecto, Kelsen afirma que tal argumento descansa en una discusión sin más alcances que los de orden terminológico pues “...no se ve, o no se quiere ver, que el ejercicio del poder encuentra su muy esencial continuidad e incluso hasta su efectiva iniciación en la jurisdicción, no menos que en la otra rama del Ejecutivo, la Administración. Si se mira a la “política” como “decisión” –en términos de Schmitt-, entonces está presente en toda sentencia judicial, en mayor o menor medida, un elemento de decisión, un elemento de ejercicio de poder”.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid: Tecnos, 1995, p. 5.

¹⁴⁹ *Idem.*, p. 14.

¹⁵⁰ *Idem.*, p. 18.

En este orden de ideas, mientras Schmitt sostiene que los jueces no pueden asumir el control de la constitucionalidad en virtud que las decisiones que eventualmente toman ya están contenidas en la ley, Kelsen rechaza que el poder judicial se convierta en un autómatas de los actos del poder legislativo. “Entre ley y sentencia judicial no hay una diferencia cualitativa, que ésta lo mismo que aquélla son productoras de derecho, y que la sentencia de un Tribunal constitucional, por ser un acto de legislación, no deja de ser un acto de jurisdicción, de aplicación del derecho; y no en último término, dado que el elemento de la “decisión” de ninguna manera está limitado a la función de legislar, sino que también está incluido en la función judicial, ambas deben tener carácter “político”.¹⁵¹

En todo caso, Kelsen señala que si el objetivo es restringir el carácter político de la función jurisdiccional, el Parlamento debe limitar el espacio discrecional que deja a los jueces en las leyes que elabora. Si los términos de las leyes son demasiado amplios, el desplazamiento del control de la constitucionalidad hacia órganos distintos a los parlamentarios es inevitable.

Con la misma disposición crítica, Kelsen cuestiona la propuesta de Schmitt de hacer al Presidente del Reich defensor de la Constitución. “Aquí baste establecer que, cuando la Constitución instituye un Tribunal constitucional, no es una “ficticia judicialidad”, sino una institución real y que si algo hay que puede ser caracterizado de “ficticio” es precisamente aquella “unidad del pueblo” que Schmitt afirma como un “presupuesto” real –sobre una supuesta fundamentación en la Constitución-,...”¹⁵²

A los ojos de Kelsen, la independencia que Schmitt encuentra en la figura del Presidente del Reich no es mayor que la que pueden alcanzar los jueces. Por lo que toca a su origen electoral como órgano neutral encargado del control de la constitucionalidad, no existen bases suficientes para convertir al Presidente del Reich en el mejor defensor de la Constitución. “Deducir de allí

¹⁵¹ *Idem.*, p. 28.

¹⁵² *Idem.*, p. 60.

que el Jefe de Estado “es elegido por todo el pueblo” –es decir, elegido en realidad por una mayoría – y que con ello se expresa la voluntad general del pueblo unido, es no sólo cuestionable, por el hecho de que no existe tal voluntad general, sino porque, además, la elección no ofrece ninguna garantía para la función del Jefe de Estado de equilibrar los intereses antagónicos. Ver en la elección una garantía de independencia, como lo hace Schmitt, sin duda es posible solamente si se cierran los ojos ante la realidad”.

153

En resumen, en virtud que la Constitución reconoce porciones considerables de poder al Parlamento y al gobierno, el riesgo de una violación constitucional debe provenir forzosamente de alguno de estos órganos. Por ello, “...dado que en los casos más importantes de violación de la Constitución, Parlamento y Gobierno son partes en causa, se aconseja apelar para decidir sobre la controversia a una tercera institución que esté fuera de esa oposición y que bajo ningún aspecto sea partícipe del ejercicio del poder que la Constitución distribuye en lo esencial entre Parlamento y Gobierno. Esta sigue siendo la ventaja fundamental de un Tribunal constitucional, porque desde el principio no toma parte en el ejercicio del poder ni entra necesariamente en oposición con el Parlamento ni con el Gobierno”.¹⁵⁴

* * *

La administración de justicia es condición mínima del Estado de derecho. El poder judicial cumple con la misión de impartir justicia al aplicar el derecho y dirimir controversias entre los individuos o entre éstos y el Estado. “De entrada, Hamilton adelanta la célebre tesis de que el judicial es sin duda “el menos peligroso” de los poderes, pues carece de fuerza y de voluntad, y tan

¹⁵³ *Idem.*, . 63.

¹⁵⁴ *Idem.*, pp. 53 – 54.

sólo posee la capacidad de juicio... para llevar a cabo su función dentro del esquema republicano”.¹⁵⁵

El Poder Judicial y, en particular, la Suprema Corte, desempeñan la labor de proteger la Constitución y, con ello, resguardan la vigencia real de los derechos individuales. La defensa de la dispersión del poder no sólo descansa en la deliberación de los órganos parlamentarios que desafían la soberanía estatal monolítica. La actuación de la Corte en defensa de la Constitución y del orden jurídico que de ella se desprende, significa la razón última de su existencia en el juego de pesos y contrapesos del esquema de la separación de poderes. “Estrechado en sus límites, el poder concedido a los tribunales norteamericanos de pronunciar fallos sobre la anticonstitucionalidad de las leyes, forma aún una de las más poderosas barreras que se hayan levantado nunca contra la tiranía de las asambleas políticas”.¹⁵⁶

En la doctrina constitucional norteamericana, “Un caso en particular, *Marbury v. Madison*, fue la valiosa oportunidad para que, entreverado en la argumentación puntual respecto a la controversia de que se trataba, se consolidara la doctrina de la revisión judicial, planteada antes por Hamilton. Si la Constitución era silenciosa en cuanto a marcar al poder judicial una atribución específica de control de la constitucionalidad, la doctrina de la revisión expuesta por Marshall en el fallo compensó esta omisión en forma deliberada”.¹⁵⁷

El juez John Marshall estableció dos argumentos principales para darle fundamento a la doctrina de la revisión judicial: la inaplicabilidad de las leyes contrarias a la Constitución y la inalterabilidad de la Constitución por medio de leyes ordinarias.

¹⁵⁵ Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, 8ª reimpresión, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 110.

¹⁵⁶ Rodrigo Bustamante Riva Palacio, “La Suprema Corte y la dimensión política de la interpretación constitucional en Estados Unidos”, Tesis para obtener la licenciatura en relaciones internacionales, México, D. F.: El Colegio de México, 2002, p. 4.

¹⁵⁷ Rodrigo Bustamante Riva Palacio, *Op. Cit.*, p. 9.

En el primer caso, Marshall sostuvo que “cuando una ley está en conflicto con la constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la constitución, o conforme a la constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la constitución, y no la ley, la que debe regir el caso al cual ambas se refieren”.¹⁵⁸

En el segundo, “Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la constitución no es ley, si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza”.¹⁵⁹ En suma, la misión especial de la Suprema Corte en la protección de los derechos individuales es declarar si los actos de los poderes constituidos están de acuerdo con la Constitución.

En este sentido, la Corte, no obstante su condición de poder constituido, tiene asignada una tarea crucial en la preservación de la supremacía constitucional y tiene que ver con la declaración de nulidad de los actos contrarios al texto de la Constitución. Esta función, sin embargo, “Se ha estimado que...constituye una anomalía del régimen democrático, desde que el control de las leyes (emitidas conjuntamente por órganos del poder establecidos democráticamente) es ejercido por un tribunal que no ha sido directamente

¹⁵⁸ Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg, *Op. Cit.*, pp. 150 – 151.

¹⁵⁹ *Idem.*, p. 151.

elegido por el pueblo”.¹⁶⁰ La revisión judicial tampoco encuentra un fundamento fácilmente digerible en la lógica de la colaboración entre poderes, en la medida que se le dota a la Corte de atribuciones para restarle validez a las decisiones de la rama legislativa que ostenta la representación nacional. Ciertamente dejar sin validez los efectos de una ley es un acto que la teoría constitucional pudiera justificar como formalmente jurisdiccional y materialmente legislativo. En consecuencia, en estos casos, la Corte asume de hecho funciones legislativas.

En este orden de ideas, el control constitucional de la Corte ha configurado la denominada “dificultad contramayoritaria” que “...tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría, sino en su contra”.¹⁶¹ Sin embargo, de no ejercer esta facultad, la Corte carecería de la fuerza necesaria para defender la inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales así como la inalterabilidad del texto constitucional por medio de ordenamientos secundarios. Está claro que “El funcionamiento de las cortes no se entendería sin este recurso, como tampoco sería posible debatir sobre las modalidades de la interpretación del texto constitucional. Al afirmar en el fallo la facultad de la Corte de revisar y anular legislación incompatible con la Constitución, dejando en suspenso una justificación textual detallada, Marshall abrió una avenida de poder judicial real”.¹⁶²

¿Con qué autoridad la Corte puede declarar que los representantes populares han transgredido el texto constitucional en sus expresiones legislativas? Tocqueville señala que “El juez norteamericano se parece efectivamente a los magistrados de las otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político. La causa está en este solo hecho: los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes. En otros

¹⁶⁰ Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg, *Op. Cit.*, p. 149.

¹⁶¹ *Idem.*, pp. 149 – 150.

¹⁶² Rodrigo Bustamante Riva Palacio, *Op. Cit.*, p. 17.

términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan anticonstitucionales”.¹⁶³

En realidad, el mejor camino que la teoría constitucional ha encontrado para asegurarse que las normas de la Constitución no sean contrariadas por la legislación ordinaria, es la intervención del máximo tribunal.

No obstante, lo anterior no significa que la Corte se erija en una expresión del poder constituyente ni en un poder que enmienda la labor legislativa sin límite alguno. Con el constitucionalismo norteamericano quedó en claro que las tareas de la Corte sobre el control de la constitucionalidad tienen sus fronteras en la declaración de nulidad de una ley exclusivamente a un caso concreto. Al respecto, Tocqueville señala que “Los norteamericanos han confiado a sus tribunales un inmenso poder político; pero, al obligarlos a no atacar las leyes sino por medios judiciales, han disminuido mucho los peligros de ese poder”.¹⁶⁴

El constitucionalismo norteamericano siguió los consejos de Alexis de Tocqueville sobre los alcances de la Corte en el control de la constitucionalidad. “Si el juez hubiera podido atacar las leyes de una manera teórica y general, si hubiera podido tomar la iniciativa y censurar al legislador, hubiera entrado brillantemente en la escena política convertido en campeón o adversario de un partido, suscitando todas las pasiones que dividen el país a tomar parte en la lucha. Pero cuando el juez ataca una ley en un debate oscuro y sobre una aplicación particular, oculta en parte a las miradas del público la importancia del ataque. Su fallo sólo tiene por objeto lesionar un interés individual, pero la ley no se siente herida más que por casualidad”.¹⁶⁵

El acotamiento del control de la constitucionalidad al caso concreto protege sin duda los derechos individuales de quien somete la causa al tribunal y, aunque sea en una situación particular, la actuación de la Corte ejerce un

¹⁶³ Alexis de Tocqueville, *Op. Cit.*, p. 107.

¹⁶⁴ *Idem.*, p. 109.

¹⁶⁵ *Idem.*, p. 109.

poder significativo al dejar sin efectos un acto de otro poder. No cabe duda que en la defensa de la Constitución, la Corte cumple un papel principal en el juego de pesos y contrapesos del constitucionalismo liberal.

Esta irresponsabilidad constitucional y, por ende, permitida, no garantiza la defensa total de la constitución ni la protección absoluta de los derechos individuales. Las reglas de funcionamiento de la Corte conducen, además, a la aplicación de las normas constitucionales bajo criterios en los que la lógica de la mayoría está presente. Es decir, si la norma de la mayoría es válida para los debates parlamentarios, esto también es aplicable en la definición de la constitucionalidad de una norma determinada, por parte de los integrantes de la Corte.

Los integrantes de la Corte, en su carácter de jueces constitucionales, fundan sus decisiones en interpretaciones vinculadas a sus concepciones de justicia. Las consecuencias no son menores. “La Suprema Corte, al conferir o retirar la protección de las leyes a determinadas acciones, sancionará el uso del poder legítimo del Estado a favor o en contra de las correspondientes convicciones sociales, ejerciendo con ello un poder de decisión crucial para mantener o socavar la cohesión emanada de los acuerdos fundamentales”.

166

La naturaleza escrita de la Constitución obliga, en principio, a los juzgadores a aplicarla tal cual con el objeto de resguardar la constitucionalidad y los derechos individuales. En el caso que la norma aplicable al caso sometido a la consideración del juez sea lo suficientemente precisa para que encuadre sin dificultad, entonces el juzgador no tendrá problema alguno para aplicar la disposición correspondiente. Sin embargo, las constituciones, a diferencia de las leyes secundarias, suelen ser documentos con un grado particular de imprecisión, propio de su carácter general.

¹⁶⁶ Rodrigo Bustamante Riva Palacio, *Op. Cit.*, p. 25.

En este sentido, la defensa del régimen constitucional está estrechamente ligada a la interpretación constitucional. Esta labor encierra ciertas complicaciones propias de la aplicación de cualquier texto jurídico; pero normalmente son mayores cuando se trata de disposiciones constitucionales, debido a la ambigüedad o vaguedad propias de este tipo de normas, así como por su contenido político e ideológico. De esta suerte, la interpretación puede dar lugar a debates inherentes a la pluralidad social entre posiciones liberales, demócratas o republicanas que reflejan las tradiciones políticas del modelo cívico que inspiran a los modelos de constitucionalismo.

Entre los patrones normativos de los legisladores constituyentes y la necesidad de adecuar la lectura del texto constitucional a las transformaciones de la realidad, la Corte, en su papel de intérprete judicial más alta, debe acudir a elementos que trascienden la letra de la Constitución y utilicen una visión del derecho más amplia, que se acerque a su materialización, en la que se tomen en consideración argumentos morales.

“La necesidad de especificar el alcance de las cláusulas constitucionales por parte de los intérpretes de la constitución, ante varias posibilidades interpretativas, es algo relativamente normal, que permite imprimir a la interpretación constitucional un ritmo evolutivo”.¹⁶⁷ Basta recordar que gracias a la interpretación de la Constitución “La historia de Estados Unidos, en particular sus momentos más críticos, se ha reflejado siempre en el debate constitucional, por lo que los fallos de la Corte han adquirido, muy a menudo, la fisonomía de símbolos o claves en un devenir conceptual ligado a los más variados y poderosos intereses”.¹⁶⁸

La interpretación constitucional, por lo tanto, se convierte en una vía inexorable en el tratamiento de los casos difíciles o controvertidos por dos razones principales: en primer lugar, por la resolución en sí de la controversia, en la medida que ofrecerá una lectura particular de la Constitución; en

¹⁶⁷ Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg, *Op. Cit.*, p. 91.

¹⁶⁸ Rodrigo Bustamante Riva Palacio, *Op. Cit.*, p. 25.

segundo lugar, por la adjudicación constitucional de los asuntos, bien sea a la Suprema Corte o a otras instituciones públicas que resuelvan el caso.

En todo caso, la labor de interpretación de las normas constitucionales, como las de cualquier norma jurídica colocan al intérprete en el dilema ilustrado por Hart: “He retratado la teoría del derecho como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto según el cual nunca los jueces crean derecho”.¹⁶⁹ Las consecuencias son diversas. Mientras que el primer caso, entraña el triunfo de la determinación de la norma y de la autosuficiencia de la ley, en el segundo, implica el predominio del juzgador.

La búsqueda del sentido o significado de la norma constitucional puede arrojar lecturas diversas, según el perfil del intérprete que, en este caso son los jueces o los ministros de la Corte. Ciertamente no existen reglas para interpretar la Constitución. No obstante, la práctica norteamericana para decidir los casos constitucionales difíciles o controvertidos sugiere dos grandes enfoques: el activismo y la restricción judicial. Más allá de las diferencias entre los enfoques que abordan la interpretación constitucional de los casos difíciles, ¿cuáles han sido las líneas generales del debate entre una posición y otra?

“El programa del activismo judicial sostiene que los tribunales deben aceptar las directivas o mandatos de las estipulaciones constitucionales supuestamente “vagas” (y) deben elaborar principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte y, de acuerdo con ello, juzgar los actos del Congreso, los diversos estados y el Presidente”.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg, *Op. Cit.*, p. 95.

¹⁷⁰ Ronald Dworkin, “Los casos constitucionales”, en *Op. Cit.*, p. 217.

Por su parte, “El programa de restricción judicial, por el contrario, sostiene que los tribunales deben permitir que las decisiones de otras ramas gubernamentales sigan en pie, aun cuando lesionen el sentido que tienen los propios jueces de los principios que imponen las doctrinas constitucionales generales, excepto cuando tales decisiones lesionan en tal medida la moralidad política que violarían las estipulaciones sobre cualquier interpretación plausible, o quizá cuando un precedente claro exija una decisión en contrario”.¹⁷¹

Los dos enfoques precedentes coinciden con dos tradiciones principales para interpretar la Constitución, “...la originalista que respeta el significado del texto, y la amplia – que también podemos llamar liberal- que atiende más a las necesidades de cada época en la interpretación constitucional, gozan hoy día de bastante prestigio y respaldo en diversos ámbitos”.¹⁷²

Lo importante es que la adopción de uno u otro camino, tiene consecuencias diversas sobre la naturaleza de los derechos individuales. El tribunal que adopte una interpretación constitucional fiel a un activismo judicial propio de una visión liberal, sugiere la existencia previa de derechos individuales a la aparición del Estado, implica también que los individuos tienen derechos morales frente al Estado y significa que las disposiciones jurídicas tienen necesariamente una dimensión moral, es decir, el activismo judicial reconoce la materialización del derecho.

La lectura opuesta es escéptica, pregona la restricción de los tribunales desde una lectura “originalista” de la norma constitucional, señala que los individuos no tienen derechos morales frente al Estado, sólo aquellos que expresamente establece la Constitución y las leyes que se desprenden de ella, esto es, “...sólo tienen aquellos derechos jurídicos que la Constitución

¹⁷¹ *Idem.*, p. 217.

¹⁷² Rodrigo Bustamante Riva Palacio, *Op. Cit.*, p. 24.

les garantiza y que se limitan a las violaciones claras e incontrovertibles de la moralidad pública que deben haber tenido presentes los constituyentes”.¹⁷³

Lo anterior, también implica seguir teorías generales del derecho distintas. La restricción judicial descansa en una teoría positivista que parte del supuesto fundamental de la separación absoluta de la moral y el derecho. De ello se desprende que las únicas normas jurídicas válidas son aquellas que son producto de la actividad de los órganos legislativos, es decir, aquellas a las que las instituciones del Estado les reconocen fuerza normativa. Conforme a esta perspectiva, en la solución de los casos difíciles, el juez tiene un margen de discrecionalidad para decidir el sentido de la controversia, al hacer esto, el juez crea normas jurídicas que aplica en forma retroactiva.

A esta manera de resolver los casos difíciles, se han presentado dos objeciones principales. “La primera sostiene que una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores el que los jueces legislen parece comprometer esta proposición. La segunda expresa que si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho”.¹⁷⁴ En palabras de Dworkin, permitir la discrecionalidad judicial, significa no tomarse los derechos en serio.

El activismo judicial parte del supuesto contrario. El derecho no se agota en las normas jurídicas producto de la actividad legislativa, también existen los principios que, a pesar de no ser identificables por su origen, contienen proposiciones de moralidad pública que matizan el alcance de las normas para garantizar una justicia constitucional más amplia, gracias a su contenido

¹⁷³ Ronald Dworkin, *Op. Cit.*, p. 218.

¹⁷⁴ Ronald Dworkin, “Los casos difíciles”, en Ronald Dworkin, *Op. Cit.*, p. 150.

y fuerza argumentativa. “Los principios hacen referencia a la justicia y a la equidad”.¹⁷⁵

Está claro que los problemas que plantea la solución de casos constitucionales, en los que está de por medio la definición de los límites de la acción del Estado y la defensa de las libertades individuales, coloca a la Suprema Corte o a los tribunales encargados de conocer estos casos, en el predicamento de darle un contenido real al constitucionalismo. En uno y otro caso, el juez optará por un constitucionalismo liberal o uno simplemente nominal, con las consecuencias que ello implica.

Para ello, resulta fundamental especificar cuales son los principios aplicables para la solución de casos constitucionales, así como la construcción de los procedimientos necesarios para darle racionalidad a la aplicación de los principios. Apoyado en estos mecanismos, el juez “...debe dar el triunfo al mecanismo que tenga mayor fuerza de convicción...”.¹⁷⁶

Resulta evidente que de la interpretación del texto constitucional dependen las opciones de justicia. Los jueces constitucionales deben tener presente que la defensa de la supremacía constitucional busca estabilidad y justicia para la sociedad, así como libertad e igualdad para los ciudadanos en la defensa de sus derechos individuales.

Todo esto conduce hacia la recomendación para que el constitucionalismo liberal reconozca la urgencia de renovar sus vínculos con la ética. La conservación de una lectura del derecho que no forma parte de una filosofía moral y política más general, difícilmente podrá captar “el problema de lo que es lo que significan las proposiciones jurídicas y de si son siempre verdaderas o falsas, establece conexiones con cuestiones de la filosofía”.¹⁷⁷ De otra

¹⁷⁵ Albert Calsamiglia, “Ensayo sobre Dworkin”, en Ronald Dworkin, *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁷⁶ *Idem.*, p. 19.

¹⁷⁷ Ronald Dworkin, “Introducción”, en Ronald Dworkin, *Op. Cit.*, p. 33.

manera, la Corte carecerá de las herramientas necesarias para darle protección efectiva a los derechos individuales.

El reconocimiento del carácter moral de los derechos individuales tiene opositores en las versiones positivistas del derecho quienes, desde la trinchera de la restricción judicial, sostienen que las referencias a derechos morales únicamente expresan las preferencias de quienes los formulan. Los adversarios de los derechos morales también aducen que “Si la Suprema Corte justifica sus decisiones mediante tales afirmaciones, en vez de apoyarse en el derecho positivo, está usurpando el lugar del legislativo, puesto que el trabajo de la legislatura, que representa a la mayoría, consiste en decidir cuáles son los criterios que han de gobernar”.¹⁷⁸

La consecuencia de esta afirmación tiene que ver con la adjudicación constitucional, es decir, con la asignación de la autoridad que se encargue de impartir justicia en los casos que involucren la defensa de los derechos individuales. Dada la eventual intromisión de la Corte en los asuntos del Congreso, el equilibrio entre poderes exige que los asuntos concernientes a las libertades individuales sean materia de organismos más democráticos que los tribunales. Sin embargo, “Esta posición pasa por alto el hecho de que las decisiones referentes a derechos en contra de la mayoría no son problemas que equitativamente deban quedar librados a la mayoría. El constitucionalismo –la teoría de que a la mayoría hay que restringirla para proteger los derechos individuales- puede ser una teoría buena o mala, pero es la que han adoptado en los Estados Unidos, y hacer que la mayoría sea juez en su propia causa parece incongruente e injusto”.¹⁷⁹

El entrelazamiento de los poderes judicial y legislativo en la defensa de los derechos individuales en los llamados casos difíciles, no es más que el enfrentamiento de concepciones de moralidad. Mientras el activismo judicial

¹⁷⁸ Ronald Dworkin, “Los casos constitucionales”, en Ronald Dworkin, *Op. Cit.*, p. 220.

¹⁷⁹ *Idem.*, p. 223.

puede identificarse con las tradiciones liberal y republicana, la restricción judicial tiene una filiación democrática.

En cualquiera de ambos casos, la actuación de la Corte defiende la supremacía constitucional desde una posición de moralidad pública que corresponde a la naturaleza y alcances de los derechos individuales que dicha concepción de moralidad ha diseñado.

V. El derecho a la libertad de expresión

Una sociedad liberal se caracteriza por un pluralismo compuesto de puntos de vista que pueden resultar incompatibles entre sí. La pluralidad de las visiones políticas, morales, religiosas, culturales, entre otras, obedece al ejercicio libre de la razón.

Se trata de un esquema circular. En la medida que los individuos ejercitan la razón esto contribuye a alimentar el pluralismo que impulsa el surgimiento de instituciones que, a su vez, hacen posible el ejercicio de la razón y del pluralismo. “Este pluralismo no se considera como un desastre, sino como el resultado natural de las actividades de la razón humana en regímenes de instituciones libres y duraderas. Considerar un desastre el pluralismo es considerar también que es un desastre el ejercicio de la razón en condiciones de libertad”.¹⁸⁰

Todo esto cobra forma y fortalece su potencial en el esquema del constitucionalismo liberal el cual, a su vez, genera el crecimiento de las condiciones propicias para la deliberación libre de los planes de vida de cada individuo. “El éxito del constitucionalismo liberal llegó como el descubrimiento de una nueva posibilidad social: la posibilidad de instaurar una sociedad pluralista, razonablemente armoniosa y estable”.¹⁸¹

El constitucionalismo liberal apoya el fortalecimiento de una sociedad caracterizada por el respeto hacia las libertades básicas, que impulsan la existencia de “...una cultura abierta que defiende la expresión y la consciencia humanas en toda su maravillosa variedad, protegiendo la libertad de expresión, prensa, religión, asociación, reunión,... libertades que se extienden no sólo al discurso político, también al rango infinito de las

¹⁸⁰ John Rawls, *Op. Cit.*, p. 18.

¹⁸¹ *Idem.*, p. 19.

investigaciones artísticas, científicas, religiosas y filosóficas que reflejan la imaginación humana”.¹⁸²

El Estado y la sociedad, por un lado, buscan la estabilidad; los individuos, por el otro, persiguen la libertad. Es evidente que ambas posiciones colocadas frente a frente pueden provocar tensiones sociales que someten a prueba la capacidad del constitucionalismo liberal para proteger la expresión de toda clase de puntos de vista.

Por una parte, la estabilidad es un elemento consustancial a la racionalidad técnica del Estado para preservar su seguridad. “Los gobiernos, en todo tiempo y lugar han sucumbido al impulso de ejercer control sobre el discurso y la consciencia. La censura es un instinto social. Ni una cultura abierta ni un gobierno abierto surgen fácilmente. Es propio de la naturaleza del gobierno ser celoso de sus secretos y confidencias, es un reflejo natural penalizar el discurso percibido como adverso a la seguridad nacional, el orden social o la civilidad pública”.¹⁸³ En términos generales, los intentos del Estado por intervenir en el contenido de las ideas son contrarios al constitucionalismo liberal. “El poder mismo es ilegítimo para hacerlo. El mejor de los gobiernos no tiene más derecho a ello que el peor. Es tan perjudicial, o más aun, cuando se ejerce de acuerdo con la opinión pública, que cuando está contra ella”.¹⁸⁴

La tendencia a imponer la censura no es exclusiva del Estado. Tan ilegítimo resulta el ejercicio del poder del Estado como el que proviene de la sociedad para bloquear la libertad de expresión. “La sociedad... ejerce una tiranía social peor que muchas clases de opresión política, ya que aunque ordinariamente no se exige su cumplimiento con penas tan extremas, deja

¹⁸² Rodney Smolla, *Free speech in an open society*, New York: Vintage Books, 1993, p. 4.

¹⁸³ Rodney Smolla, *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁸⁴ John Stuart Mill, *Op. Cit.*, p. 20.

menos avenidas de escape, penetra más profundamente en todos los detalles de la vida y llega a esclavizar hasta el alma”.¹⁸⁵

La libertad de expresión representa para los individuos la oportunidad de manifestar y conocer la variedad más amplia de concepciones sobre lo que significa llevar una vida buena. Sin el reconocimiento de este derecho, los individuos se encuentran lejos de tener las mejores condiciones de evaluar sus propias convicciones y ajustar sus proyectos personales. Las consecuencias de la censura, social o estatal, son empobrecedoras para la vida de los individuos. “Si la opinión es justa, se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; si no lo es, pierden un beneficio que es casi tan importante como aquél: la clara percepción y la impresión viviente de la verdad, que resulta de su choque con el error”.¹⁸⁶

Sin embargo, “...la necesidad de proteger cualquier opinión contra los ataques del público, se basa no tanto en su verdad como en su importancia para la sociedad”.¹⁸⁷ No en balde la libertad de los individuos de pensar conforme a sus convicciones y de hablar conforme a ellas, es un elemento crucial para su desarrollo personal y, en la dimensión social, para la construcción de las cuestiones fundamentales de la vida pública.

El reconocimiento del derecho de expresar con libertad las ideas resulta parcial si no si se soslaya la exigencia al Estado y a la sociedad de no discriminar punto de vista alguno. “El principio del libre discurso prohíbe al gobierno castigar a la gente por rechazar públicamente opiniones sostenidas ampliamente. De esta manera, este principio crea una protección crucial contra las fallas y patologías que provienen de las influencias sociales sobre el comportamiento y las creencias”.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *Idem.*, p. 5.

¹⁸⁶ *Idem.*, 21.

¹⁸⁷ *Idem.*, p. 27.

¹⁸⁸ Cass Sunstein, *Op. Cit.*, p. 97.

Respecto al papel del libre discurso en la preservación del disenso, se encuentra de por medio la importancia de no interrumpir el flujo libre de información, en la medida que “la protección de los disidentes está calculada no solo para proteger a quienes se expresan en lo individual, también para proteger el incontable número de personas que se benefician del coraje o de la temeridad de quienes disienten”.¹⁸⁹

Más allá de las tradiciones políticas que sustentan el libre discurso y su regulación, la libertad de expresión tiene que ver con la construcción misma de los contornos sociales. El juez Thurgood Marshall, uno de los defensores más vehementes del libre discurso en la Suprema Corte de Estados Unidos, se opuso de manera sistemática a los proyectos de ley que buscaron restringir la libertad de expresión, bajo esta afirmación: “Para permitir la edificación continua de nuestra política y nuestra cultura y asegurar la autorrealización de cada individuo, nuestra sociedad tiene la garantía de expresar cualquier pensamiento, libre de la censura gubernamental. La razón de ser de la prohibición de esta censura obedece al control del contenido”.¹⁹⁰

Por ello, en el fondo de estas divergencias se encuentra el debate entre las concepciones de moralidad pública que impulsan, por un lado, la homogeneidad moral como resultado de la censura y, por el otro, el pluralismo como producto de la libre expresión de las ideas.

Las tradiciones republicana y democrática se inclinan por defender la regulación del discurso con el objeto de ajustarlo a los valores colectivos que buscan moldear el perfil del individuo desde sus concepciones particulares de moralidad. En este orden de ideas, los censores aparecen como los “...guardianes de los principios morales de la comunidad, (en tanto que) los principios morales proporcionan definición a las comunidades”.¹⁹¹

¹⁸⁹ *Idem.*, p. 98.

¹⁹⁰ Roger Goldman and David Gallen, *Thurgood Marshall. Justice for all.*, New York: Carroll and Graff Publishers, 1993, p. 267.

¹⁹¹ Rodney Smolla, *Op. Cit.*, p. 72.

La tradición liberal se identifica con la libertad de expresión y rechaza los actos de censura que obstruyen el discurso, en la medida que no solo limitan dicha libertad, sino que desdeñan los beneficios que la libertad de disentir acarrea para los demás. “El daño peculiar de acallar la expresión de una opinión consiste en despojar a la raza humana, tanto a las generaciones futuras como a la existente, y más aún a los que no participan de esa opinión que a los que la aceptan”.¹⁹²

La alineación de la libertad de expresión y de su control con las tradiciones políticas del modelo cívico antes señalada, parte del supuesto que el Estado es el oponente natural de la libertad de expresión, en la medida que la racionalidad técnica del Estado se convierte en un factor que lo impulsa de manera inexorable hacia el ejercicio de la censura. Desde este ángulo, la libertad de expresión descansa en valores cuyo fin es ceñir la actuación del Estado en beneficio de los derechos individuales.

Sin embargo, también es posible identificar al Estado como garante de la libertad de expresión, en el supuesto que “...el Estado puede verse obligado a actuar para promover el debate público: cuando poderes de carácter no estatal ahogan la expresión de opiniones”.¹⁹³ Si bien es cierto que el Estado no debe intervenir en el contenido del discurso porque ello violaría la libertad de expresión, en cambio, sí es responsabilidad del Estado proporcionar las condiciones mínimas que hagan posible un debate abierto y vigoroso que faculte a la ciudadanía para participar en los asuntos públicos. De esto resulta, “...una distinción entre una teoría libertaria y una teoría democrática de la libertad de expresión”.¹⁹⁴

Frente a un derecho a la libertad de expresión cuyo fundamento es la libertad individual, aparece la protección de la igualdad como un cimiento alternativo a la libertad de discurso. “Si el liberalismo del siglo XIX se definía por la

¹⁹² *Idem.*, p. 21.

¹⁹³ Owen Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona: Gedisa, 1999, p. 14.

¹⁹⁴ *Idem.*, p. 13.

pretensión de proteger la libertad individual y se traducía en la exigencia inequívoca de un Estado limitado, el liberalismo actual abraza el valor de la igualdad tanto como el de la libertad. Además, el liberalismo contemporáneo reconoce el papel que el Estado puede desempeñar para asegurar la igualdad y, a veces, incluso la libertad”.¹⁹⁵

En el debate norteamericano en torno a los alcances de la Primera Enmienda existen temas que han demostrado ser un foco de tensión para el consenso liberal en el que ha descansado tradicionalmente la libertad de expresión tales como, las expresiones de odio, la pornografía y el financiamiento electoral. En estos asuntos, el Estado ha planteado argumentos igualitarios para limitar la expresión de las ideas ya que en cada uno de esos temas, “lo que se teme no es que la expresión llegue a convencer a los oyentes para que actúen de una determinada manera, sino que la expresión haga imposible que ciertos grupos desfavorecidos participen siquiera en el debate”.

¹⁹⁶

* * *

En una sociedad organizada bajo el modelo del constitucionalismo liberal, existen tres aproximaciones teóricas que explican la importancia de la libertad de expresión para apuntalar el desarrollo de los individuos y de la sociedad misma.

En primer lugar, se encuentra la convicción que el intercambio libre de ideas impulsa la búsqueda de la verdad. El juez Oliver Wendell Holmes señala que “...la mejor prueba de verdad es el poder del pensamiento de conseguir por si mismo ser aceptado en la competencia del mercado, y esa verdad es la única base sobre la cual los deseos humanos pueden ser alcanzados con

¹⁹⁵ *Idem.*, p. 20.

¹⁹⁶ *Idem.*, p. 28.

seguridad”.¹⁹⁷ Desde una lógica económica, los defensores del mercado de las ideas sostienen que la oferta y la demanda constituyen la mejor metáfora para ilustrar la libertad con la que debe fluir la expresión de las ideas.

La perspectiva del mercado de las ideas ha sido cuestionada desde diversos ángulos. Por ejemplo, se ha dicho que no toma en cuenta la existencia de fallas del mercado que requieren la intervención del Estado; tampoco considera la calidad de las ideas que circulan y que son objeto de intercambio.

No obstante, para Oliver Wendell Holmes la verdad siempre es provisional y, en este sentido, defiende el enfoque del mercado no como un fin sino como un medio o proceso que proporciona la mejor prueba –no la única- de la verdad legal. A pesar de sus limitaciones, Wendell Holmes sostiene que el mercado de las ideas es preferible a un sistema centralizado que regule la expresión de la ideas, ya que es inadecuado para las aspiraciones individuales de vivir en una sociedad libre.

En segundo lugar, la libre expresión de las ideas es crucial para la realización de los individuos como personas. El hecho de hablar con libertad significa la posibilidad que los individuos expresen sin trabas sus concepciones morales sobre lo que consideran verdadero. No importa el contenido, no interesa si lo expresado es ajeno a asuntos públicos. Tanto el discurso político como el artístico, comercial, científico y filosófico, entre otros, son objeto de protección constitucional. Lo relevante es la posibilidad que una sociedad ofrece a los individuos para hablar sobre lo que deseen y, con ello, ejerciten su capacidad de pensar, imaginar y crear.

Por último, la libertad de expresión es un mecanismo de primer orden para que los individuos impongan límites al gobierno. “En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es

¹⁹⁷ Ellen Alderman and Caroline Kennedy, *In our defense. The Bill of Rights in action*, New York: Avon Books, 1992, p. 32.

solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. Cuando se concede a cada uno el derecho de gobernar a la sociedad, es necesario reconocerle la capacidad de escoger entre las diferentes opiniones que agitan a sus contemporáneos, y de apreciar los diferentes hechos cuyo conocimiento puede guiarle”.¹⁹⁸

De acuerdo al juez Louis Brandeis, las bondades de la libertad de expresión para vigilar el desempeño del gobierno fueron previstas por los autores de la Constitución norteamericana en la medida que “...sabían que el orden no puede asegurarse simplemente mediante el temor del castigo a su infracción; que es arriesgado desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo alimenta la represión; que la represión alimenta el odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el camino de la sociedad descansa en la oportunidad de discutir libremente los supuestos agravios y las propuestas de solución”.¹⁹⁹

En este sentido, la libertad de expresión alienta discursos que implican participación, es decir, el medio por el cual los individuos debaten los temas de la agenda pública e intervienen en los procesos de toma de decisiones. “Una de sus metas básicas es asegurar la comunicación amplia sobre asuntos de carácter público entre la ciudadanía, así como entre los ciudadanos y sus representantes”.²⁰⁰ De esta manera, gracias al derecho a pronunciar con libertad sus ideas, los individuos persiguen la verdad política en beneficio propio y de la comunidad, circunstancia que permite denunciar la tiranía, la corrupción y la ineptitud.

La libertad de expresión no sólo hace posible supervisar la actuación del gobierno y de los representantes populares, también tiene dos propiedades igualmente importantes para la defensa de los derechos individuales. Por un lado, “...en una democracia deliberativa, el ejercicio del poder público debe

¹⁹⁸ Alexis de Tocqueville, *Op. Cit.*, p. 199.

¹⁹⁹ Rodney Smolla, *Op. Cit.*, p. 13.

²⁰⁰ Cass Sunstein, *Democracy and the problem of free speech*, New York: The free press, 1995, p. 19.

ser justificado por razones legítimas no simplemente por la voluntad de algún segmento de la sociedad, e indudablemente no simplemente por la voluntad de la mayoría;”²⁰¹ por el otro, “...la innovación más grande de los constituyentes consistió no en su énfasis en la deliberación, que era innegable en aquella época, sino en su escepticismo acerca de la homogeneidad y su esfuerzo por acomodar y estructurar tal diversidad”.²⁰²

El derecho a la libertad de expresión ha sido motivo de interpretaciones diversas que, de acuerdo a la coyuntura, han ampliado o restringido la protección constitucional para ejercer este derecho. “Quizá porque el discurso libre es tan vital para la vida pública americana, las decisiones sobre el libre discurso frecuentemente reflejan los cambios sociales mayores”.²⁰³ La diversidad de lecturas con la que los jueces de la Corte han aplicado la Primera Enmienda demuestra el dinamismo del constitucionalismo norteamericano y ha llevado a extender su protección a ámbitos distintos del debate político.

La mayoría de los casos que invocaron la protección constitucional de la Primera Enmienda, suscitados entre 1930 y 1970, tuvieron que ver con las protestas de disidentes políticos que se presentaban como víctimas de la censura que buscaba resguardar la ortodoxia política.

Posteriormente, la protección a la libre expresión se extendió al comercio de bienes y servicios, en el que los mensajes publicitarios son objeto de regulaciones gubernamentales, así como a las empresas dedicadas a la comunicación, que luchan por limitar la intervención del gobierno en sus programaciones.

Asimismo, el debate en torno a expresiones artísticas que cuestionan la moral dominante también ha conducido a los creadores a solicitar el amparo de la

²⁰¹ Cass Sunstein, *Op. Cit.*, p. 150.

²⁰² *Idem.*, p. 150.

²⁰³ *Idem.*, p. 28.

justicia constitucional. “En estas y otras áreas, la gente invoca la Primera Enmienda no para asegurar las precondiciones de la deliberación democrática, sino para propiciar un sistema en el que el discurso sea sensible a la libre elección de los consumidores individuales”.²⁰⁴

En todo caso, es innegable la importancia de la libertad de expresión en la construcción del debate público. De lo contrario, “...rehusarnos a escuchar una opinión porque estamos seguros de que es falsa, es lo mismo que suponer que nuestra certidumbre es igual a la certidumbre absoluta. Toda supresión de una discusión, es una suposición de infalibilidad”.²⁰⁵

* * *

¿Hasta qué punto el constitucionalismo liberal ofrece una razón suficiente y legítima para controlar la libre expresión de las ideas? ¿Cuáles son los límites de la libertad de expresión?

Al margen de la libertad que los individuos deben defender para conservar un espacio que les permita expresar sus ideas, también es cierto que las fronteras de la libertad están determinadas por la ley. ¿Cómo afecta la ley la libertad de los individuos?

El Estado moderno es racional y legal. La ley, como mecanismo estatal de carácter general y abstracto, responde al yo racional de los individuos. Descansa en la verdad aplicada por las preferencias externas de los individuos, es decir, por lo que buscan en el resto de los individuos. La libertad que la ley garantiza es una libertad existente dentro del marco racional del Estado y, en última instancia, se convierte en el elemento de una representación en la que cada individuo toma sus decisiones para ofrecer lo mejor de sí mismo y dar rienda suelta al desarrollo de su naturaleza racional.

²⁰⁴ Cass R. Sunstein, *Democracy and the problem of free speech*, Op Cit., p. 3.

²⁰⁵ John Stuart Mill, *Op. Cit.*, p. 21.

¿Qué sucede más allá de los linderos de la racionalidad estatal? ¿Qué ocurre en los terrenos del libre albedrío de los individuos? La libertad concebida como ausencia de restricciones implica la defensa de la libertad de decidir. Esta libertad de opción responde a nuestro yo empírico que puede ser ignorante, apasionado, colmado de deseos. En una palabra, imperfecto, pero un resultado genuino del fuero interno de los individuos. En esta medida, la libertad negativa le permite a los individuos alejarse del “yo superior” en nombre del cual las personas realizan su “yo verdadero” y son coaccionadas en aras de la libertad.

A pesar del discurso racionalista de la voluntad general que identifica a la ley como su expresión más alta, sucede que los individuos se guían por deseos, que pueden o no coincidir con ese parámetro homogeneizador. A los ojos de la fórmula neutra de la libertad en la que la no interferencia es el principio rector de la libertad negativa, la ley se convierte en un obstáculo. “Prácticamente solo, Bentham seguía repitiendo tenazmente que no era de la incumbencia de las leyes liberar sino restringir: “Toda ley es una infracción de la libertad”, incluso si tal “infracción” lleva a un aumento del total de libertad”.

206

Las limitaciones legales a la libertad no deben perder de vista los valores que se desprenden de las tradiciones políticas del modelo cívico. Por un lado, la libertad del individuo que le permite conducir su vida sin interferencias, con apego a los valores y principios que considera más adecuados para llevar una vida buena mediante el ejercicio de derechos cuyo objetivo es preservar el espacio privado de los individuos frente al Estado y posiciones mayoritarias de todo tipo. Al respecto, es primordial tener en cuenta el razonamiento utilitarista en el que suelen descansar las leyes para limitar los derechos. “Si alguien tiene derecho a algo, está mal que el gobierno se lo niegue, aunque negárselo favoreciera el interés general”.²⁰⁷

²⁰⁶ Isaiah Berlin, “Dos conceptos de libertad”, en *Op. Cit.*, p. 252.

²⁰⁷ Ronald Dworkin. “¿Qué derechos tenemos?”, en *Op. Cit.*, p. 384.

Por el otro, la libertad buscada por los valores comunitarios que persiguen el bien colectivo más allá de las preferencias individuales. En palabras del juez Felix Frankfurter, partidario de regular la expresión de las ideas: “El fundamento último de una sociedad libre es el vínculo que le presta cohesión al sentimiento. Tal sentimiento es promovido por la mente y el espíritu que sirven para reunir las tradiciones de la gente, transmitidas de generación en generación, y crear esa continuidad de una vida común que constituye la civilización”.²⁰⁸

En consecuencia, en la medida que la ley resguarda valores distintos a la libertad y, con ello, define los linderos de la libertad, esto significa que la función protectora de la ley tiene una misión igualadora innegable. El juez Thurgood Marshall sostenía que “...las protecciones de la Constitución no debían ser negadas a persona alguna y que la Corte debía dar a su doctrina constitucional los alcances y la sensibilidad necesarias para asegurar aquel resultado”.²⁰⁹ Es decir, el marco constitucional liberal encuentra en el valor de la igualdad el referente para que todos los individuos disfruten de las libertades y enfrenten los límites a las mismas desde un plano de igualdad. De otra manera, las restricciones a la libertad harían injusto y no equitativo el ejercicio de los derechos.

En consecuencia, resulta imposible dejar de pensar en un compromiso de la libertad con la igualdad, en vista de la función igualadora de la ley. “Para proteger la igualdad se necesitan leyes, y las leyes son, inevitablemente, compromisos que afectan la libertad”.²¹⁰

Más allá del razonamiento utilitario para defender las libertades básicas, es importante asumir un punto de partida común basado en la concepción liberal de la igualdad. “El gobierno debe tratar a quienes gobierna con consideración, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y con respeto, o sea como seres humanos capaces de llegar a concepciones

²⁰⁸ Rodney Smolla, *Op. Cit.*, p. 75.

²⁰⁹ Roger Goldman and David Gallen, *Op. Cit.*, p. 14.

²¹⁰ Ronald Dworkin, “¿Qué derechos tenemos?”, *Op. Cit.*, p. 382.

inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con ellas”.

211

La restricción de la libertad, desde la concepción liberal de la igualdad, se justifica en supuestos muy específicos. En primer lugar, destaca la restricción de la libertad originada en la necesidad de proteger el derecho de algún individuo que pudiera resultar afectado por el ejercicio de la libertad por parte de alguien más. En segundo lugar, la limitación de la libertad fundada en la necesidad de lograr un objetivo político, que suponga la mejora de la comunidad como tal en cierto estado de cosas.

Las barreras políticas a la libertad pueden tener raíces idealistas y utilitaristas. En el primer caso, la comunidad mejorará por acercarse a un ideal, más allá que sus integrantes aspiren a ella; en el segundo caso, la comunidad experimentará una mejora gracias a que un mayor número de individuos tendrán más de aquello que desean, a pesar que otros puedan obtener menos.

Las limitaciones del punto de vista utilitarista tienen que ver, principalmente, con las dificultades para justificar una decisión colectiva, como una ley o una política. Los deseos de los individuos tienen un componente interno, aplicable a ellos mismos y, un componente externo, dirigido al resto de los individuos. En este tipo de situaciones, el utilitarismo se funda particularmente en las preferencias externas de los individuos.

Por lo tanto, una concepción liberal de la igualdad que garantice el derecho a la igual consideración y respeto permite hacer una defensa sólida de los derechos individuales. En la medida que la libertad no es el único fin de los individuos, resulta oportuno recordar que hay valores como la igualdad que hacen posible a los individuos llevar la vida buena a la que aspiran. El derecho al igual tratamiento legal de los individuos permite que la ley restrinja

²¹¹ *Idem.*, pp. 388 – 389.

la libertad sin ignorar los valores e intereses que resultan lesionados por la aplicación de una ley.

* * *

La teoría constitucional de Estados Unidos refiere diversos intentos para establecer los alcances de la libertad de expresión.

En primer término, se encuentran los defensores de la pureza del derecho a la libertad de expresión. Conocidos como absolutistas, quienes defienden esta postura, sostienen que la protección a la libre expresión de las ideas no admite restricción alguna.

En vista de las dificultades para reconocer a la libertad de expresión como un derecho ilimitado, surgió la vertiente del absolutismo calificado que matiza los excesos del absolutismo. Esta postura sostiene que, "...la libertad de expresión está absolutamente protegida, pero la definición de la libertad de expresión resulta estrecha para darle al gobierno un espacio de maniobra para regular algunos aspectos de comunicación".²¹² En este sentido, el juez Hugo Black desarrolló la idea de una dicotomía entre el discurso y la conducta como válvula de seguridad para atemperar los rigores del absolutismo.

De acuerdo a la propuesta del juez Black, a pesar que cualquier conducta no puede ser considerada como expresión discursiva y ésta sí puede ser considerada como conducta, en un sentido abstracto, es posible afirmar que toda conducta expresa algo. Esto conduce a admitir que existen conductas comunicativas y no comunicativas. "Es posible, observa la Corte, encontrar algunos rastros de expresión en casi cada actividad que una persona emprende,... pero tales rastros no son suficientes para llevar a la actividad bajo la protección de la Primera Enmienda".²¹³ En suma, el objeto de

²¹² Rodney Smolla, *Op. Cit.*, p. 24.

²¹³ *Idem.*, p. 26.

protección constitucional es la expresión discursiva, no la acción, aunque ésta pueda ser interpretada como un mensaje.

En segundo lugar, la historia es una alternativa para encontrar los alcances de la protección a la libertad de expresión. Este enfoque recomienda conocer la intención de quienes redactaron el texto constitucional. Sin embargo, una investigación histórica que indague los motivos que los constituyentes tuvieron para acordar los términos de la Primera Enmienda, no significa para la Corte una base sólida para establecer los márgenes de protección al derecho a la libre expresión.

La Primera Enmienda prohíbe al Congreso aprobar una ley que coarte la expresión libre de las ideas. Dada la generalidad de esta afirmación y la imposibilidad para fijar con exactitud sus límites, es posible concluir que el legado de los constituyentes tiene que ver más con el futuro que con el pasado, ya que la protección a la libertad de expresión forma parte de una propuesta que revolucionó el pensamiento político moderno al diseñar una Constitución que permitiera a los ciudadanos ejercer control sobre el gobierno.”En una nación en la que el pueblo es soberano sobre el gobierno, el pueblo requiere un sistema de libertad de expresión ampliamente inmune al control gubernamental”.²¹⁴

Por último, se encuentra la opción del equilibrio. En caso de conflicto entre los valores defendidos en el discurso y otro tipo de valores, la solución se construye a partir de un análisis costo beneficio que delimite los alcances del derecho a la libre expresión. Para ello, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha desarrollado criterios aplicables para la solución de casos concretos que delimitan los alcances de la protección establecida en la Primera Enmienda.

Esta opción encierra, en el fondo, la justificación para aplicar controles sobre la expresión de las ideas. “El discurso que amenace un daño real debe ser

²¹⁴ *Idem.*, p. 39.

detenido. Esta categoría incluye al discurso que convoca al derrocamiento violento del gobierno, el libelo de grupos raciales, y el discurso que amenaza a un juez con represalia si sentencia en contra de una de las partes. La regulación razonable debe ser aplicada”.²¹⁵

La idea que el gobierno no puede sancionar la expresión de las ideas a menos que ocasione un peligro claro y presente, constituyó la piedra de toque de las fronteras de la Primera Enmienda, de acuerdo a una interpretación de los jueces Oliver Wendell Holmes y Louis Brandeis, en tiempos de la Primera Guerra Mundial.

Tiempo después, en los años sesenta, la Corte reformuló esa posición y sostuvo que la restricción al discurso era válida cuando éste invocara el uso de la violencia para la comisión de una acción ilegal inminente y probable.

A pesar de las restricciones jurídicas que la teoría constitucional norteamericana ha consentido a la Primera Enmienda, el núcleo de la protección constitucional a la libre expresión de las ideas se encuentra en su contenido. “Sobre todo, la Primera Enmienda significa que el gobierno no tiene el poder de restringir la expresión debido a sus mensajes, sus ideas, sus temas o su contenido”.²¹⁶

Sin incurrir en los extremos de las posiciones absolutistas que defienden a ultranza la expresión de las ideas, es importante subrayar el carácter razonable de los controles. “Bajo la Constitución, sin embargo, esas regulaciones no pueden estar motivadas por un esfuerzo para restringir el contenido de lo que diga el titular del discurso. En términos legales, el derecho a la libre expresión está sujeto a regulaciones “razonables de tiempo, manera y lugar”, en la medida que esas regulaciones sean neutrales frente al

²¹⁵ Cass Sunstein, *Democracy and the problem of free speech*, New York: The free press, 1995, p. 7.

²¹⁶ Roger Goldman and David Gallen, *Op. Cit.*, p. 267.

contenido del discurso”.²¹⁷ La protección al contenido del discurso tiene que ver con la postura de la Corte que “La expresión pública de las ideas no debe ser prohibida simplemente porque las ideas resulten en sí mismas ofensivas para algunos de sus oyentes”.²¹⁸

La aplicación de estos principios desarrollados por la Corte depende del contexto en el que se expresan las ideas. Aquí aparece el principio del foro público, esto es, calles, parques y sitios públicos en donde los individuos pueden expresar libremente su pensamiento, porque son lugares que pertenecen a la gente y, por ello, el gobierno no puede ordenar la restricción del discurso. Por el contrario, la protección constitucional no aplica si el discurso es pronunciado en un lugar considerado como propiedad privada. En este caso, el propietario tiene el derecho de prohibir el discurso.

Sin embargo, “Para la mayoría de la gente, las experiencias clave de comunicación no suceden más en las calles y en los parques... El siglo veinte presencié el surgimiento de grandes intermediarios del interés general, como periódicos, semanarios, medios de comunicación electrónica y museos. Esas instituciones privadas llegaron a tomar bajo su responsabilidad, para bien o para mal, algunas de las funciones de los foros públicos tradicionales”.²¹⁹

²¹⁷ Ellen Alderman and Caroline Kennedy, *Op. Cit.*, p. 30.

²¹⁸ *Idem.*, p. 30.

²¹⁹ Cass Sunstein, *Why societies need dissent*, *Op. Cit.*, p. 106.

VI. La decisión de la Suprema Corte de Justicia en el caso Witz

Para analizar la resolución del caso Witz es conveniente tener presente el papel que la Suprema Corte de Justicia desempeña en el juego de pesos y contrapesos constitucionales, bajo la premisa que la misión del constitucionalismo liberal es circunscribir el dominio del Estado para proteger los derechos individuales.

“¿Cuál es el papel de los poderes judiciales en las sociedades democráticas? Más específicamente, ¿qué debemos esperar de ellos en el México contemporáneo? ¿Cuáles son las funciones de un Poder Judicial en un Estado constitucional de derecho?”.²²⁰ Estas preguntas aparecen en la introducción del *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, que contiene el diagnóstico y las propuestas para modernizar a los tribunales y al Poder Judicial en su conjunto.

La respuesta es tan amplia como contundente. “La actuación de los poderes judiciales también puede contribuir a fortalecer las instituciones del Estado constitucional de derecho. En su acepción elemental el Estado de Derecho se define como la situación en donde rige el derecho. Cuando existe certeza sobre la aplicación del derecho, aumentan las expectativas sobre el adecuado funcionamiento de las instituciones del Estado. En consecuencia, un Poder judicial accesible, que resuelve bien, de manera oportuna y cuyas resoluciones son acatadas, es un claro indicador de que el derecho prevalece en la sociedad”.²²¹

En apariencia, el sentido de la resolución del caso Witz resulta desconcertante. Llama la atención, por lo tanto, la severidad de las críticas

²²⁰ Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia. *Libro blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, D. F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 29.

²²¹ *Idem.*, p. 35.

que recibió esta resolución. “El 5 de octubre de 2005 una mayoría de los Ministros integrantes de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictaron una sentencia que sin duda será recordada como un ejemplo por décadas. Por desgracia será un ejemplo de la manera en que un tribunal constitucional puede convertirse él mismo en violador de derechos fundamentales en vez de ejercer su tarea de defender el orden constitucional”.²²²

Desde otro punto de vista, se trata más bien del choque de visiones opuestas sobre la naturaleza y los alcances de los derechos individuales y del constitucionalismo. Estas perspectivas son resultado de una pluralidad de visiones morales que sustentan, desde ángulos diferentes, la concepción del derecho y de la ley, la posición del individuo frente al Estado, los límites de éste ante el individuo y los nexos entre la moral y el derecho, como vínculos políticos esenciales de las sociedades que aspiran a ofrecer una apertura que le permita al individuo disfrutar razonablemente de las libertades básicas.

En primer término, cabe señalar que tanto la posición minoritaria como la mayoritaria, no carecen de fundamentación jurídica. En este orden de ideas, no es posible afirmar que el voto mayoritario, en un sentido legal, sea una decisión arbitraria. En pocas palabras, este es un asunto de interpretación constitucional que recuerda que si bien es cierto que el constitucionalismo en México ha sido un péndulo sometido a vaivenes continuos, la experiencia señala un déficit del liberalismo a favor de la democracia ya que “el liberalismo constitucional ha devenido en democracia, pero la democracia no pareciera traer liberalismo constitucional”.²²³ Por ello, es importante sugerir el fondo moral de las interpretaciones esgrimidas por los ministros que se pronunciaron en ambos votos.

* * *

²²² Miguel Carbonell, “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión”, en *Isonomía*, número 24, abril 2006, p. 171.

²²³ Federico Reyes Heróles, *Entre las bestias y los dioses. Del espíritu de las leyes y de los valores políticos*, México, D. F.: Océano, 2004, p. 39.

El proyecto de resolución del caso Witz corrió a cargo del ministro José Ramón Cossío Díaz quien propuso revocar la sentencia del tribunal unitario y proteger a Sergio Witz Rodríguez en contra de la aplicación del artículo 191 del Código Penal Federal.

En su exposición, el ministro Cossío justificó la necesidad de amparar a Witz “como medida imprescindible para salvaguardar el núcleo de su derecho a expresarse libremente en nuestro país. Lo que hoy nos corresponde decidir como Primera Sala, no es si el señor Witz escribió un buen o un mal poema, o si nosotros diríamos de la bandera nacional, lo que el mismo dice. Lo que nos compete determinar es, lo que una persona tiene derecho, a decir en México, sin sufrir una persecución penal que lo marca de por vida, y que lo puede llevar incluso a la privación de su libertad. Lo que nos corresponde en definitiva es garantizar el ámbito de protección de un derecho fundamental y emitir una resolución que dé plena operatividad práctica a lo que nuestra Constitución establece, otorgando plena vigencia a los derechos civiles de los ciudadanos”.²²⁴

Para llegar a esta conclusión, el ministro Cossío explicó la regulación constitucional de la libertad de expresión. Recordó que el artículo 6 de la Constitución establece que este derecho individual tiene cuatro limitantes: los ataques a la moral, la provocación para cometer algún delito, la perturbación del orden público y el respeto a los derechos de otras personas.

Asimismo, el ministro Cossío destacó que estos límites a la libertad de expresión deben ser necesarios y proporcionales así como compatibles con los principios, valores y derechos constitucionales. Sin embargo, a su juicio, “...el delito tipificado en el artículo 191 del Código Penal Federal no puede

²²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Sesión pública ordinaria, celebrada el miércoles cinco de octubre de dos mil cinco, Amparo en revisión 2676-2003, Quejoso Sergio Witz Rodríguez, p. 9.

considerarse una concreción constitucionalmente legítima de estos límites”.

²²⁵ Esta conclusión la explicó de la manera siguiente.

Por lo que toca a los límites que imponen no atacar la moral, en primer lugar, éstos no pueden provenir de leyes ordinarias, como el código penal federal, porque ello implica delegar en el legislador ordinario la definición de sus propios límites, soslayando la supremacía de la Constitución. En este sentido, “Un entendimiento de la moral que prescriba a los individuos bajo amenaza de sanción penal qué significado simbólico deben atribuir a ciertos objetos y a la postre qué ideas políticas deben abrazar, vacía la libertad de expresión e imprenta de su significado más mínimo”. ²²⁶

Adicionalmente, “Ver en las diferencias de entendimiento, valoración de ciertos objetos, un ataque a la moral que justifique una restricción a la libertad de expresión, es tanto como abogar por la imposición de una homogeneidad social, moralizante y una particular visión nacionalista, lo cual es incompatible con la sociedad abierta y democrática que nuestra Constitución postula”. ²²⁷

Respecto a la limitante relacionada con la provocación para cometer algún delito, el proyecto señala “...que el delito tipificado en el artículo 191, no tiene por objeto evitar que la gente salga a las calles a incitar a los demás a delinquir, o a causar daños,...”. ²²⁸

Por lo que hace a la necesidad de respetar los derechos de otras personas, el proyecto sostiene que el supuesto no es aplicable por dos razones básicas: primera, los derechos que justifican las limitaciones a los derechos individuales deben ser derechos de la misma entidad y, segunda, la Constitución no cuenta entre los derechos fundamentales un derecho individual a la bandera, ni ésta puede ser considerada como titular de derechos fundamentales.

²²⁵ *Idem.*, p. 5.

²²⁶ *Idem.*, p. 5.

²²⁷ *Idem.*, p. 6.

²²⁸ *Idem.*, pp. 6 – 7.

La conducta descrita en el artículo 191 del código penal federal tiene que ver con el ultraje de palabra o de obra al escudo de la República o al pabellón nacional, difícilmente puede comprenderse como la incitación a cometer un delito, por lo que el ministro Cossío no encuentra en este supuesto un límite válido al ejercicio de la libertad de expresión.

En el mismo sentido, la acción que sanciona el artículo 191 tampoco puede considerarse como una vía para alterar el orden público porque de interpretarlo en sentido inverso, implicaría aceptar que ciertos derechos individuales son peligrosos para la paz pública, conclusión incompatible con la vigencia de estos derechos.

El corolario del proyecto del ministro Cossío es contundente. “La libertad de expresión es en muchos sentidos un derecho al disenso y esta dimensión total da pleno sentido al hecho de que la Constitución consagre a la libertad de expresión como un derecho fundamental que como es sabido, es una figura jurídica cuya razón de ser es salvaguardar al individuo, frente a la decisión de las mayorías,...”.²²⁹

El único ministro que se adhirió a los razonamientos del proyecto de resolución fue Juan Silva Meza. En resumen, explicó sus coincidencias con el ministro Cossío por dos razones principales. Por una parte, porque “No puede menos que determinarse que el delito en estudio entraña un límite a la libertad de expresión, que no está autorizado como tal en la Constitución. La amenaza de sufrir sanciones penales por la expresión de ideas se traduce, sin duda, en una autocensura,...”.²³⁰ por la otra, “...por la desproporción de la consecuencia, pues la pretensión del legislador de proteger, en el caso concreto, a la bandera, mediante un instrumento que en un estado democrático es siempre de última ratio, esto es, la sanción penal tendría o podría tener como efecto provocar la inhibición, o bien, el no ejercicio de la

²²⁹ *Idem.*, p. 5.

²³⁰ *Idem.*, p. 26.

libertad de expresión precisamente por la posibilidad de ser sujeto de una sanción de índole penal".²³¹

En síntesis, el voto minoritario del caso Witz se identifica con una concepción de moralidad pública liberal que antepone los derechos individuales al interés colectivo establecido en la legislación penal. Cuando el ministro Cossío afirma que el derecho que la Constitución garantiza, no es simplemente un derecho a expresarse, sino un derecho a expresarse libremente, inclusive sobre ideas que pudieran resultar ofensivas o impopulares, queda claro que el proyecto piensa en la libertad negativa que defiende a ultranza la autonomía individual en contra de cualquier interferencia que la disminuya.

Esta posición puede resumirse en el argumento que los individuos tienen derechos frente al Estado, que los protegen contra decisiones que descansan en argumentos apoyados por una mayoría. A diferencia de lo que ciertas concepciones del derecho y de la política sostienen, la consecuencia es el reconocimiento de la dimensión moral de los derechos individuales, como triunfos políticos del individuo frente a la mayoría. El activismo judicial de los ministros que integran este voto se inclinan por una visión pluralista de la sociedad y su decisión encierra un alegato a favor del derecho al disenso y al respeto a los derechos individuales.

Al mismo tiempo, es posible afirmar que el voto minoritario es un claroscuro no exento de contradicciones. El empleo combinado de elementos argumentativos identificados con tradiciones políticas diversas no sólo arroja resultados sorprendidos, sino también carentes de sustento lógico.

Por una parte, si bien es cierto que en el voto minoritario domina una perspectiva liberal de los derechos, es necesario señalar que su fundamento jurídico se apoya en una norma jurídica que difícilmente puede identificarse a plenitud con el constitucionalismo liberal. Algunos de los límites que el artículo sexto constitucional establece a la libertad de expresión, como los ataques a

²³¹ *Idem.*, pp. 23 – 24.

la moral y la perturbación del orden público, así lo confirman. La homogeneidad que dichos límites defienden y promueven, dista mucho de ser compatible con la pluralidad propia del respeto a los derechos individuales.

Llama la atención, por lo tanto, que el ministro Cossío sostenga en su proyecto que la Constitución garantiza el más amplio pluralismo y postula una sociedad abierta y democrática. No obstante, el proyecto está edificado sobre estas bases. Por ello, en la medida que el proyecto presentado por el ministro Cossío defiende la libertad de expresión a partir de lo que señala la Constitución, es posible concluir que para el proyecto, el marco constitucional, con todo y sus excepciones, resulta suficiente para garantizar la expresión libre de las ideas.

Por la otra, el proyecto busca apoyo en tradiciones políticas diversas, esta es una circunstancia que conduce a una argumentación inspirada en ideas democráticas y republicanas que, a pesar de resultar incompatibles con algunas concepciones del liberalismo, no impidieron que el ministro Cossío construyera conclusiones con un resultado liberal.

Si bien es cierto que el proyecto elaborado por el ministro Cossío descansa básicamente en el texto del artículo sexto constitucional, también lo es que en su razonamiento hay evidencias de la materialización del derecho que le permiten proponer la inconstitucionalidad del artículo 191 del código penal federal.

En la introducción del proyecto se encuentran estas evidencias materializadoras, en donde lejos de las ataduras que supone la letra de la norma, el ministro Cossío ofrece una justificación política del sentido de su voto. En esta sección del proyecto también es posible detectar algunas inconsistencias que, aunque no invalidan el sentido del proyecto, le restan la solidez necesaria para que este tipo de interpretaciones apuntalen el constitucionalismo liberal en México.

El proyecto refiere de manera escueta y discreta la importancia de la libertad de expresión como elemento correctivo del desempeño gubernamental y, en forma equívoca, menciona la labor didáctica del ejercicio de este derecho “...en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos, activos, críticos y comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, y capaces así, de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático”.²³²

En otras palabras, a pesar que la brevedad con la que el ministro Cossío expresa las bondades de la libertad de expresión como medio para que la ciudadanía vigile a sus gobernantes no reduce la validez de su argumento, sí le quita importancia al papel que la libertad de discurso tiene en uno de los rasgos más sobresalientes de la democracia, como es la actividad parlamentaria, en la formación de un gobierno por discusión que inhibe la centralización del poder y alienta entre los individuos el imperio de la tolerancia como virtud clave de las sociedades abiertas.

En cambio, es posible detectar cierta confusión en el papel que el proyecto asigna a la tradición democrática como formadora de ciudadanos críticos y comprometidos: Mientras para los demócratas, la participación es la cualidad individual más importante en la política, los atributos señalados por el ministro Cossío son, en realidad de raigambre republicana que exige ciudadanos virtuosos para alcanzar la excelencia en las metas colectivas que se proponen.

En el proyecto no es clara la relación entre la libertad de expresión y la práctica democrática, así como la idea de que ésta confiere un plus a la libertad de expresión. En este sentido, el ministro Cossío olvida que precisamente las mayorías construídas desde la práctica democrática pueden llegar a ser un riesgo para la libertad de expresión.

²³² Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Op. Cit.*, p. 4.

En este orden de ideas, al dar su versión de lo que significa la moral en el artículo sexto constitucional, el ministro Cossío sostiene una interpretación que justifica el predominio de los intereses colectivos sobre los individuales. El proyecto señala la necesidad de entender la moral como una "...moral pública, esto es, el núcleo de convicciones básicas y fundamentadas sobre lo bueno y lo malo, prevalecientes en un determinado núcleo social".²³³ Resulta difícil saber cómo se reconoce el carácter básico de tales convicciones y cuáles son los medios para fundamentarlas; además, hay que subrayar que el razonamiento citado conduce a la conclusión que los intereses individuales quedan subordinados a los intereses que prevalecen en la comunidad.

El proyecto continúa su argumentación al sostener que "...la bandera y el escudo por el contrario son objetos cuyo significado simbólico, se relacionan no ya con ese núcleo básico, sino con las percepciones y convicciones políticas de las personas que se sitúan en un plano en el cual la Constitución garantiza el más amplio pluralismo".²³⁴ Resultan oscuras las razones por las cuales el ministro Cossío propone que en el ámbito político se imponga el respeto al pluralismo, mientras que para el ámbito social recomienda seguir la moral prevaleciente. Con este razonamiento, el proyecto señala que la bandera es un objeto cuyo valor simbólico escapa a la moral pública y pertenece al campo de la política cuando, desde otro punto de vista, la política puede considerarse como una expresión de la moralidad pública.

En suma, el ministro Cossío, en su calidad de intérprete de la moral pública, soslaya que un rasgo esencial de una sociedad abierta, que conforme a su lectura está garantizada por la Constitución, es la pluralidad de concepciones morales.

Hasta aquí la reseña y comentarios al voto minoritario que aportó elementos para declarar la inconstitucionalidad de la norma penal en cuestión y conceder al inculpado la protección de la justicia federal.

²³³ *Idem.*, p. 5.

²³⁴ *Idem.*, p. 5.

* * *

Para el ministro Jesús Gudiño Pelayo, el interés del asunto reside en la determinación de los límites de la libertad de expresión, en virtud que "...en una Constitución, y nuestra Constitución no es la excepción, no puede haber derechos absolutos, todos los derechos tienen un límite".²³⁵ En su intervención, el ministro Gudiño leyó el poema y sostuvo que la protección a la bandera nacional obedece a la defensa del bien jurídico tutelado que, en este caso, es la dignidad de la nación.

Aunque el ministro Gudiño no encuentra que la publicación de los versos de Sergio Witz provoque la perturbación del orden público, sí se detiene en los ataques a la moral, como límite válido a la libertad de expresión. "Por lo que hace a los ataques a la moral, me parece que cuando la Constitución habla de ellas como un límite a la libertad de expresión, lo que hace es referirla, no a la moral social, lo que haría de ese término un concepto escurridizo, poco objetivo y favorecedor de las convicciones de grupos más o menos amplios de personas, por encima de los otros, sino a la moral pública, es decir, a los deberes que el gobernado tiene frente a la sociedad y el Estado, y que nacen del respeto al orden jurídico".²³⁶

El ministro complementa su razonamiento con la referencia de diversos artículos constitucionales que, de acuerdo a su interpretación, proporcionan el fundamento para proteger las insignias patrias. El segundo párrafo del artículo 3, porque precisa que una de las funciones de la educación es el fomento del amor a la patria; el artículo 130, párrafo 2, inciso E, porque encuentra en la prohibición a los ministros de culto de agraviar de cualquier forma a los símbolos patrios, una razón análoga para aplicarla al caso en estudio y, la fracción XXIX-b del artículo 73, porque faculta al Congreso para legislar sobre las características y el uso del escudo y el himno nacionales.

²³⁵ *Idem.*, p. 10.

²³⁶ *Idem.*, p. 15.

El ministro Gudiño razona su voto en contra del proyecto de resolución al señalar que “Este asunto sobrepasa los límites constitucionales, racionales y razonables del derecho de expresión. A menos ¡claro está! que se llegue a la conclusión de que ultrajar es un derecho que encuentra un respaldo directamente en la Constitución”.²³⁷

El ministro Sergio Valls Hernández, por su parte, también disiente del sentido del proyecto de resolución y afirma que el artículo 191 del código penal federal no contraviene la libertad de expresión. Valls argumenta que “En ocasiones se pretende sostener que esa libertad es natural, incuestionable e ilimitada, lo cual puede ser cierto, desde un punto de vista filosófico y moral”.²³⁸

En su opinión, la libertad de expresión es un fenómeno normativo que protege, en este caso, bienes culturales de los mexicanos que tienen por objeto fomentar la conciencia de la nacionalidad y el orgullo de pertenencia a México. “Estos símbolos constituyen los elementos fundamentales de identidad de nosotros los mexicanos, reconociéndose en ellos un patrimonio cultural común, con la finalidad de fortalecer las raíces históricas y los lazos culturales y sociales que nos unen y que nos identifican como nación”.²³⁹

Desde esta perspectiva, el ministro Valls encuentra que el sujeto pasivo del delito de ultraje a los símbolos nacionales es la nación mexicana. En pocas palabras, “En ese pseudo poema, no sólo se injuria a la bandera sino a la patria misma”.²⁴⁰

Además, el ministro Valls sostiene que el ejercicio de la libertad de expresión, mediante escritos de este tipo, significa “...una incitación al enfrentamiento de

²³⁷ *Idem.*, p. 11.

²³⁸ *Idem.*, p. 21.

²³⁹ *Idem.*, p. 21.

²⁴⁰ *Idem.*, p. 29.

los mexicanos, cuyo sentimiento está muy arraigado en ese pabellón desde que nos enseñan a leer y a escribir”.²⁴¹

Por último, el voto mayoritario lo completó el razonamiento parco y directo de la ministra Olga Sánchez Cordero quien afirma que “Puede haber una libertad absoluta de expresión, bienvenida y adelante. Pero esto ya no es la libertad de expresión, es un verdadero ultraje a nuestros símbolos patrios”.²⁴²

En suma, la ministra Sánchez Cordero no encontró elementos suficientes que la llevaran a concluir que el artículo de la legislación penal viole los derechos individuales del inculpado. “Pensamos que permitir escribir o expresar ideas en contra del respeto a la bandera nacional, por muy literarios que sean o que pudieran ser, realmente ofenden la moral. No es un derecho ilimitado, tiene esos límites. La bandera mexicana es un símbolo de orgullo para el pueblo de México, cualquier ultraje a la misma afecta la estabilidad y la seguridad de nuestra nación”.²⁴³

El voto mayoritario, en primer lugar, soslaya que los individuos, como seres humanos, son un fin en sí mismos, nunca un medio. Ajenos a la modernidad política que estipula la precedencia ontológica de los individuos, los razonamientos de los ministros Gudiño, Valls y Sánchez encuentran en la moral y el orden público el refugio lógico para justificar sus preferencias por lo colectivo y contribuir a la permanencia de la racionalidad instrumental del Estado en detrimento de los individuos.

El voto mayoritario, en resumen, al negar la protección al inculpado evidenció su alineación con la homogeneidad social propia de las tradiciones democrática y republicana, protegidas por la legislación penal para defender a los símbolos nacionales. Desde una noción del derecho inspirada en la noción de voluntad general, en donde la ley se convierte en la expresión

²⁴¹ *Idem.*, p. 28.

²⁴² *Idem.*, p. 28.

²⁴³ *Idem.*, p. 28.

racional de la libertad, el voto mayoritario apeló precisamente a la moral pública y a la defensa del orden público para señalar que los versos de Sergio Witz violaron los límites constitucionales a la libertad de expresión. La decisión de la Corte, por lo tanto, no carece de fundamento legal y no puede calificarse como una resolución arbitraria.

Además, en ausencia de principios constitucionales que maticen la letra de la ley a favor del individuo y que abonen a la materialización del derecho, los argumentos usados por los ministros del voto mayoritario fincan su concepción sobre el derecho a la libertad de expresión y el poder punitivo del Estado, en una visión decisionista de la Constitución que alienta el predominio de una moral pública prevaleciente que encuentra en el patriotismo su mejor virtud.

Desde una posición judicial restrictiva, en el fondo del voto mayoritario se encuentra la permanencia de una óptica constitucional propia de tradiciones políticas que tienen una concepción de los derechos individuales lejana al liberalismo, en donde los sujetos colectivos tienen una protección prioritaria sobre los intereses individuales y el legislador determina los derechos que reconoce a los individuos. En este sentido, en las intervenciones de los ministros del voto mayoritario la democracia no es mencionada; las libertades y los derechos sí son referidos, pero en función de sus límites. La patria y la nación, como patrimonio cultural de los mexicanos son términos utilizados una y otra vez con el fin de subrayar una visión unitaria de la sociedad en donde los espacios para la autonomía individual son acotados en función de esa concepción moral.

El ministro Gudiño Pelayo razona su voto desde una perspectiva prácticamente unilateral con el fin de subrayar los límites y no los alcances del derecho a la libertad de expresión. Desde esta óptica, el alegato del ministro Gudiño se refugia en aspectos técnicos del juicio de amparo para sustentar su exposición y justificar lo que piensa sobre el sentido del proyecto presentado por el ministro Cossío.

En su empeño por poner de relieve los límites del derecho a la libertad de expresión, el ministro Gudiño sostiene que el bien jurídico tutelado por el artículo 191 del código penal federal es la dignidad de la nación y, bajo este razonamiento, alega que la protección de la dignidad nacional puede fundamentarse como un ataque a la moral pública, entendida como "...los deberes que el gobernado tiene frente a la sociedad y el Estado, y que nacen del respeto al orden jurídico".²⁴⁴

El discurso del ministro Gudiño, evidentemente inspirado en el positivismo jurídico, llega al extremo de asimilar la moral pública con el respeto al orden jurídico. Al proponerlo, además de rechazar cualquier rasgo de pluralidad moral, niega a los individuos la libertad de disentir, de elegir entre obedecer o no el mandato de una norma jurídica, bajo el riesgo de tachar la segunda opción de inmoral. El positivismo extremo de Gudiño consigue contradecir lo que el positivismo afirma: la separación entre la moral y el derecho.

Por otra parte, en la intervención del ministro Gudiño hacen su aparición los sujetos colectivos, como la nación y la patria que, desde una concepción de moral republicana, deben prevalecer sobre los derechos de los sujetos individuales. De hecho, la noción de moral pública del ministro Gudiño significa la concepción inversa de lo que los derechos individuales significan para el constitucionalismo liberal. Para el ministro Gudiño, con el objeto de preservar la moral pública de cualquier ataque, antes que los derechos individuales se encuentran las obligaciones individuales frente a la sociedad y el Estado.

En todo caso, los ministros del voto mayoritario son congruentes con su desdén por la modernidad política. "Decidieron ignorar que actualmente ya no se puede castigar el vicio moral o el pecado, como sucedía en el pasado. No quisieron recordar que las primeras corrientes del pensamiento a favor de los derechos humanos estuvieron enfocadas justamente a racionalizar y limitar el poder punitivo del Estado. Tales doctrinas, desarrolladas en la segunda mitad

²⁴⁴ *Idem.*, p. 15.

del siglo XVIII, fueron consecuencia, en buena medida, de la tendencia más general a la secularización del Estado y a la separación entre el poder religioso y el poder político.²⁴⁵

El culto a lo colectivo defendido por el ministro Gudiño, bien sea a la sociedad o al Estado, se extiende por otros fundamentos constitucionales que encuentra adecuados para justificar la negativa a la petición de Sergio Witz. Apunta, por ejemplo, que si el artículo tercero constitucional dispone que una de las funciones de la educación pública es fomentar el amor a la patria, "...resulta contraintuitivo que no pueda castigarse la acción de tratar irreverentemente a los símbolos patrios...".²⁴⁶ Asimismo, el ministro Gudiño encuentra en el artículo 130 constitucional una razón histórica, dirigida a los ministros de culto, para apuntalar su argumento; señala que "...en un diverso precepto constitucional es posible desprender que el Constituyente sí buscó y quiso castigar este tipo de preceptos".²⁴⁷ Con otra interpretación histórica, el ministro Gudiño destaca el papel del Congreso para encontrar el fundamento constitucional de los símbolos patrios y el fundamento para su protección, sin dar más detalles sobre el particular.

En este sentido, la fe del ministro Gudiño en los motivos del constituyente para proteger la moral pública que, en sus palabras, se traduce en el respeto al orden jurídico, descansa en el baluarte moral republicano para promover el patriotismo y conseguir la homogeneidad social a la que aspiran los defensores de la unanimidad y la simetría moral propias de sociedades totalitarias. Por ello, conviene señalar que el espíritu que anima la exposición del ministro Gudiño es el del constitucionalismo decisionista de Schmitt, en donde la figura del líder político se eleva con toda su fuerza histórica como creador de la norma suprema que encarna la voluntad del pueblo.

²⁴⁵ Miguel Carbonell, *Op. Cit.*, p. 179.

²⁴⁶ *Idem.*, p. 17.

²⁴⁷ *Idem.*, p. 18.

El ministro Sergio Valls también señala que la víctima del delito de ultrajes a los símbolos nacionales es la nación mexicana y que el legislador ha querido proteger el patrimonio cultural de los mexicanos y fortalecer el patriotismo.

A diferencia del ministro Gudiño, el ministro Valls no acude a los ataques a la moral pública como el límite constitucional a la libertad de expresión. En la medida que los ultrajes a la bandera contienen una invitación a la violencia entre los mexicanos, el ministro Valls opta por la provocación a la comisión de un delito y la perturbación del orden público como las razones para fundar la negativa para conceder el amparo a Sergio Witz.

También, desde un razonamiento abiertamente positivista, Valls aduce que la libertad de expresión puede ser incuestionable desde un ángulo moral, “...pero desde el punto de vista jurídico, lo que ha querido el legislador no es una consagración en abstracto de la libertad de expresión,... sino una regulación jurídica que impida al Estado imponer sanciones por el solo hecho de expresar ideas, pero también hacer jurídicamente responsable a quien emite su opinión si de ellos derivan consecuencias antijurídicas...”.²⁴⁸

Por último, el ministro Valls somete al individuo a las preferencias de las mayorías al establecer, al término de su intervención que “...no es factible concebir,... que so pretexto de ejercer las libertades de manifestación de las ideas y de expresión, se vulneren valores colectivos que también están protegidos por la ley,...”.²⁴⁹

Para intentar una respuesta que explique el voto mayoritario no es la intención de esta tesis referirse al sitio que el máximo tribunal de nuestro país ha ocupado en la vida política. Basta con señalar que el paradigma constitucional en México se construyó en función de ciertas condiciones de dominación política. En este sentido, “sí podemos aducir que el orden jurídico estaba sujeto a condiciones que propiciaban ciertos patrones de regularidad

²⁴⁸ *Idem.*, pp. 21 – 22.

²⁴⁹ *Idem.*, p. 22.

en la producción e interpretación de las normas jurídicas, y que esos patrones provenían, en buena medida, de la representación que se tenía de la Constitución”.²⁵⁰

Por ello, es suficiente decir que la trayectoria de la Suprema Corte de Justicia en México ha corrido por caminos distantes al ideal del constitucionalismo liberal, también es necesario referirse a la concepción del derecho prevaleciente en nuestro país, consecuencia lógica del régimen político dominante.

En este sentido, el desarrollo jurídico nacional estuvo marcado por la presencia del poder político que determinó con criterios mayoritarios el imperio de la ley sobre los derechos; “...la ley moderna vino a ser la expresión de la voluntad del gobernante no la traducción de una cultura jurídica... La ley fue la nueva razón escrita, expresada en la voluntad de un poder político que no conoció más límites que los que él mismo consideró oportunos”.²⁵¹

En la cultura política de estos ministros, por lo tanto, prevalece una concepción de un constitucionalismo decisionista alejado del constitucionalismo liberal. Por el contrario, el voto de mayoría puso de relieve concepciones jurídicas y políticas que apuntan más hacia la continuidad y permanencia de inercias conceptuales que hacia expresiones en donde la materialización del derecho, los principios constitucionales y la preeminencia moral del individuo pueden significar un espacio para defender la vigencia de los derechos individuales. Gracias a esta cultura política, “...el problema de la imposición-aplicación del derecho, asumió tintes verdaderamente dramáticos y modeló a una sociedad que aún hoy no acaba de entender el valor ni el papel de un derecho cuya creación le fue arrancada”.²⁵²

²⁵⁰ José Ramón Cossío Díaz, *Op. Cit.*, pp. 95 – 96.

²⁵¹ Jaime del Arenal, “La crisis de la ley”, en Jaime del Arenal et. al., *La crisis de la ley. Memoria del III Encuentro de claustros docentes Pisa 2006*, Universitá de Pisa – Escuela Libre de Derecho, 2007, p. 108.

²⁵² *Idem.*, p. 109.

En torno a esta concepción de la Constitución, como decisión máxima del pueblo, gira también un entusiasmo nacionalista, congruente con una mentalidad autoritaria. En este sentido, la inspiración constitucional particular y el arrebató patriótico se combinan para ofrecer un voto completamente ajeno a los mecanismos de justicia que ofrecen los esquemas del constitucionalismo liberal.

Más allá de la lógica mayoritaria que se impuso en la sesión que resolvió el caso, es necesario destacar que el predominio es de una concepción de moral pública propia del constitucionalismo mexicano, híbrido de los modelos de constitucionalismo, liberal y decisionista, en el que predominó el segundo.

* * *

Con el objeto de subrayar la diversidad constitucional en materia de libertad de expresión y tener un marco de comparación alejado del positivismo imperante en la práctica constitucional mexicana, resulta útil conocer los criterios que los jueces de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos aplicaron en el caso Texas versus Johnson, apoyados en casos similares relacionados con la protección de la bandera nacional.

Gregory Lee Johnson quemó una bandera norteamericana durante una protesta pública organizada con motivo de la Convención Republicana, llevada a cabo en Dallas, Texas, en 1984. Por esta razón, Johnson fue sentenciado a un año de prisión y a pagar una multa de dos mil dólares, conforme a una ley del estado de Texas promulgada para proteger a la bandera nacional. El legislador texano diseñó esta ley con base en dos argumentos principales: por un lado, para proteger a la bandera como un símbolo de la nacionalidad y de la unidad nacional, por el otro, como una medida preventiva para una fractura eventual de la paz social.

El asunto llegó a manos de la Suprema Corte de Justicia en 1989. El estado de Texas argumentó la razón de ser de su legislación y subrayó que la

protección de la bandera es un asunto de interés público que debe recaer bajo la responsabilidad de las autoridades. “Tenemos la certeza que el gobierno tiene el poder tanto para adoptar un símbolo nacional como para tomar medidas que eviten la destrucción de ese símbolo”.²⁵³

Durante la sesión que resolvió el caso, el juez Antonin Scalia consideró que la destrucción física de la bandera no afectaba su esencia simbólica. Argumentó que el objetivo de la ley de Texas era, en realidad, inhibir la libre manifestación de las ideas para censurar su contenido y exaltar el patriotismo, circunstancias irreconciliables con diversos precedentes adoptados por la Corte en su interpretación a la Primera Enmienda.

En la medida que Gregory Lee Johnson destruyó un objeto con el propósito de comunicar un mensaje simbólico, su conducta encuadró en la hipótesis de la ley texana de declarar inadmisibles los mensaje que impliquen la profanación de la bandera.

En consecuencia, la Corte decidió que la sentencia condenatoria aplicada a Johnson era inconsistente con la interpretación constitucional de la Primera Enmienda. La votación fue dividida. El voto mayoritario que decidió proteger a Gregory Lee Johnson lo integraron los jueces William Brennan, Thurgood Marshall y Harry Blackmun, todos ellos de tendencia liberal y defensores habituales de la libertad de expresión; los acompañaron dos jueces de orientación republicana normalmente proclives a la regulación del discurso como Antonin Scalia y Anthony Kennedy. El voto minoritario que defendió la validez de la sentencia en contra de Johnson fue otorgado por los jueces William Rehnquist, John Paul Stevens, Bryan Raymond White y Sandra Day O'Connor, todos ellos de tendencia conservadora.

El proyecto corrió a cargo del juez Brennan. El proyecto partió de la idea que cuando una expresión abiertamente política, como la quema de una bandera para protestar en contra de las políticas gubernamentales es restringida

²⁵³ Rodney Smolla, *Op. Cit.*, pp. 82 – 83.

debido al contenido del mensaje que transmite, dicha restricción a la libertad de expresión debe ser sometida a un escrutinio riguroso en, por lo menos, dos sentidos.

En primer lugar, Brennan concluyó que la sentencia condenatoria de Johnson estaba relacionada con el mensaje implícito por la destrucción de la bandera. Sobre este aspecto, Brennan sostuvo que "...un principio base que subyace en la Primera Enmienda... es que el gobierno no debe prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad encuentre esa idea ofensiva o desagradable".²⁵⁴

En segundo término, por lo que toca al valor de la bandera como símbolo que alienta la unidad nacional, Brennan defendió su proyecto al reconocer el interés legítimo del Estado para preservar su bandera como un símbolo formal de la nación; por el contrario, lo que el proyecto cuestiona son los medios por los cuales el Estado intenta proteger la bandera. El juez Brennan subraya que la coerción no es el mejor medio para promover estos fines. "América, advertía Brennan, no consagra la bandera mediante el castigo de su profanación, porque al hacerlo diluimos la libertad que este adorado emblema representa".²⁵⁵

El voto minoritario puede dividirse en dos posturas. El juez Rehnquist acompañado por los jueces White y O'Connor, dirigió su razonamiento a favor de limitar el discurso y sostener la condena de Johnson. En este sentido, argumentó que la Constitución no excluye la protección de la bandera y defendió la cohesión de la comunidad bajo la inspiración de algunas de las ideas que el juez Felix Frankfurter había sostenido en casos anteriores relacionados con la bandera.

Para reforzar su postura, Rehnquist cuestionó si la Primera Enmienda debe ofrecer la misma protección a un discurso cargado de emociones que a uno

²⁵⁴ *Idem.*, p. 86.

²⁵⁵ *Idem.*, p. 87.

que contenga proposiciones intelectuales. Al respecto, Rehnquist sostuvo que el acto de Gregory Lee Johnson de quemar la bandera "...no era parte esencial de alguna exposición de ideas y que, al mismo tiempo, tenía la tendencia a incitar la ruptura de la paz".²⁵⁶ En otras palabras, Rehnquist pretendió defender su razonamiento al sostener que la quema de la bandera no era discurso alguno, ya que no contenía alguna idea digna de ser protegida por la Constitución.

El juez John Paul Stevens, por su parte, además de suscribir en lo fundamental el argumento de Rehnquist, agregó el razonamiento de considerar a la bandera como una forma de propiedad pública que Johnson no tenía derecho a destruir, como un intento para desviar el origen de la causa penal en contra de Johnson y evadir el debate sobre la interpretación a la Primera Enmienda.

* * *

Colocados frente a frente, ambos casos tienen afinidades y diferencias. El contenido de sus proyectos es semejante pero sus resoluciones son contrarias. En ambos casos, los proyectos proponían la defensa del inculpado y la protección constitucional a sus derechos individuales. Sin embargo, en el caso Witz el proyecto fue respaldado por una minoría que no pudo garantizar el derecho a la libertad de expresión y declarar la inconstitucionalidad del artículo 191 del código penal federal; en el caso Texas versus Johnson el proyecto se convirtió en mayoría que sí logró garantizar el derecho a la libertad de expresión y revertir la aplicación de la ley de Texas para proteger a la bandera. Con dieciséis años de distancia entre sí, las resoluciones de las Cortes mexicana y norteamericana en casos sustantivamente semejantes desprotegen y protegen el libre discurso, respectivamente.

¿Qué sucede si la decisión de la Corte mexicana es sometida a los criterios de la Corte norteamericana? ¿Los criterios para limitar la protección de la

²⁵⁶ *Idem.*, p. 88.

Primera Enmienda son más amplios que los límites estipulados en el artículo sexto de la Constitución mexicana?

En virtud que la práctica constitucional de los Estados Unidos es un referente para los países que diseñaron sus constituciones sobre la base de la Constitución norteamericana, es válido acudir a esa fuente de inspiración del constituyente mexicano para refrescar nuestro constitucionalismo, especialmente en el tema de derechos individuales.

La resistencia a comparar ambas resoluciones podría refugiarse en diferentes argumentos como las peculiaridades de la coyuntura política y social o la circunstancia histórica, sin embargo, en vista del peso moral que contiene la naturaleza de los derechos individuales, tales argumentos carecen de la fuerza suficiente, siempre y cuando renuncien a justificar la validez de decisiones mayoritarias que se adopten en beneficio de un interés superior colectivo.

En este sentido, debido a su naturaleza constitucional, tanto la Primera Enmienda como el artículo sexto constitucional, son textos particularmente breves. A pesar que la primera es más breve que el segundo, sus alcances son mayores que lo dispuesto por la Constitución mexicana. En la medida que la Primera Enmienda prohíbe al Congreso promulgar leyes que coarten el discurso, la protección a la libertad de expresión es más amplia. También se puede decir que gracias a que las interpretaciones constitucionales sobre la libertad de discurso son abundantes en la Corte de los Estados Unidos, ofrecen una gama más grande de puntos de vista que van desde las llamadas posiciones absolutistas hasta las que buscan regular la libertad de expresión, con ayuda de otros valores que ponderan el valor transmitido en el discurso.

Estas consideraciones podrían ser tomadas en cuenta por los ministros de la Suprema Corte de Justicia en México para mirar con otros ojos la letra de la ley. Esto podría enriquecer su bagaje moral y darles la oportunidad de construir razonamientos desde fundamentos mejor definidos en términos de una tradición política, bien sea republicana, democrática o liberal.

Los puntos de contacto en ambos casos, según la interpretación constitucional prevaleciente en ambos países, en cuanto a las restricciones al discurso, tienen que ver con la comisión de un delito y la afectación de derechos de otras personas, en tanto que ambos límites a la libertad de expresión encuentran espacio en el constitucionalismo liberal. En cambio, la defensa de la moral y el orden públicos, como lo ha hecho el voto mayoritario del caso *Witz*, son supuestos utilizados por la Corte mexicana y sólo por los jueces más conservadores de la Corte norteamericana.

Al parecer, sólo desde una posición de equilibrio en donde la interpretación constitucional norteamericana recomienda restringir el discurso en función de la afectación de otros valores sociales, sería posible encontrar una justificación afín al voto mayoritario del caso *Witz*. Este es el caso de la tesis del juez Frankfurter que defiende los límites a la libre expresión en la medida que este afecte la cohesión de la comunidad.

De otra manera, la posición que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha asumido en la protección de la libertad de expresión sostiene el predominio de la libertad sobre la restricción. Conforme a las directrices que la Corte norteamericana adoptó en esta materia, el caso *Witz* habría recibido otro tratamiento. En primer lugar, de acuerdo al criterio establecido por los jueces Oliver Wendell Holmes y Louis Brandeis, durante los primeros años del siglo XX, la publicación del poema escrito por *Witz* difícilmente significa un peligro claro y presente para la sociedad. En segundo término, con la reformulación de ese principio años después, el poema de *Witz* tampoco importa la invocación el uso de la violencia para la comisión de un ilícito de manera inminente y probable.

Los ministros del voto mayoritario en el caso *Witz* llegaron a las conclusiones opuestas a los motivos explicados por el juez Brennan, para razonar el sentido del proyecto en el caso *Texas v. Johnson*. Los ministros Gudiño, Valls y Sánchez encontraron que los versos de *Witz* sobre la bandera nacional resultaban en tal grado ofensivos y desagradables que decidieron respaldar

una interpretación constitucional que legitimó la aplicación de la ley penal para censurar el poema y, con ello, adicionalmente, reforzar el patriotismo.

De cualquier modo, mientras que para la Corte mexicana la defensa de la moral pública, entendida como patriotismo, es un límite constitucional legítimo a la libertad de expresión, esta posición no es una práctica constitucionalmente aceptable en los Estados Unidos. En otras palabras, la interpretación constitucional prevaleciente en este país descansa en un constitucionalismo liberal, diseñado para asegurar la protección de los individuos frente a las mayorías, mientras que la interpretación constitucional prevaleciente en México descansa en un constitucionalismo decisionista, diseñado para garantizar la protección de la patria frente a los individuos.

Por último, en su carácter de intérprete constitucional, la Suprema Corte de Justicia asume una defensa de la Constitución que paradójicamente no contribuye a confirmar su naturaleza suprema. No basta con que la decisión de la Corte se haya emitido conforme a la letra de la ley. Aunque la legitimidad de la fuerza del Estado se debe a que está regulada por la ley, hoy en día, la vigencia del Estado de Derecho va más allá del texto de la ley y necesita reconocer la materialización del derecho como un ingrediente necesario para que el marco legal conserve su carácter legítimo.

En la medida que el voto mayoritario está inspirado en una concepción moral alejada del pluralismo, esto provoca que la Constitución y la Corte pierdan terreno como instancias legítimas de definición de las expresiones que se producen en el mosaico social.

La supremacía de la Constitución, en suma, encuentra su mejor fundamento en una interpretación constitucional que reconozca la dimensión moral de los derechos individuales para poner un freno efectivo a la racionalidad técnica del Estado y eludir el riesgo de concluir que el Derecho y el Estado son sinónimos.

Bibliografía

Alarcón Olguín, Víctor y Cansino, César, coordinadores, *Carl Schmitt: enfoques críticos*, México, D. F.: Centro de Investigación y Docencia Económica – Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 1989, 129 p.

Alderman, Ellen y Kennedy, Caroline, *In our defense. The Bill of Rights in action*, New York: Avon Books, 1992, 430 p.

Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, 3ª reimpresión, Madrid: Alianza Editorial, 2004, 332 p.

Berlin, Isaiah, *La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana*, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2004, 235 p.

Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1986, 272 p.

Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*, 1ª reimp., México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1989,

Bustamante Riva Palacio, Rodrigo, “La Suprema Corte y la dimensión política de la interpretación constitucional en Estados Unidos”, Tesis para obtener la licenciatura en relaciones internacionales, México, D. F.: El Colegio de México, 2002

Caballero, José Antonio, López Ayllón Sergio y Oñate, Alfonso, “¿Adónde va la reforma judicial?”, en *Nexos*, número 342, año 28, volumen XXVIII, junio de 2006,

Carbonell, Miguel, “La debacle de los derechos”, en *Reforma*, 4 de noviembre de 2005.

Carbonell, Miguel, “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libreta de expresión”, en *Isonomía*, número 24, abril 2006, pp. 171 – 186.

Cossío Díaz, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, D. F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México – Miguel Ángel Porrúa, 2001, 387 p.

Crespo, José Antonio, “Patriótica ridiculez”, en *El Universal*, 10 de octubre de 2005.

Del Arenal, Jaime et. al., *La crisis de la ley. Memoria del III Encuentro de claustros docentes Pisa 2006*, Universitá de Pisa – Escuela Libre de Derecho, 2007, 468 p.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 5ª reimpresión, Barcelona: Ariel, 2002, 508 p.

Escalante Gonzalbo, Fernando. *Ciudadanos imaginarios*, 5ª reimpresión, México, D. F: El Colegio de México, 2002, 308 p.

Fiss, Owen M., *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona: Gedisa, 1999, 125 p.

Gil Villegas Montiel, Francisco, “Democracia y liberalismo en la modernidad: una perspectiva teórica”, en *Foro Internacional*, vol. XXXIII, oct. – dic. 1993, num. 4.

Goldman, Roger y Gallen, David, *Thurgood Marshall. Justice for all*, New York: Carroll and Graff Publishers, 1993, 509 p.

González, María del Refugio, coordinadora, *La formación del Estado mexicano*, México, D. F.: Porrúa, 1984, 300 p.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 5ª edición, Madrid: Trotta, 2008, 689 p.

Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid: Tecnos, 1995, 82 p.

Kelsen, Hans, 3ª reimpresión, *Teoría general del derecho y del estado*, México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, 478 p.

Kymlicka, Will, *Liberalism, community and culture*, Oxford: Clarendon Press, 1989, 280 p.

López Ayllón, Sergio, “El poema y la bandera”, en *Reforma*, 4 de noviembre de 2005.

Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid: Marcial Pons, 2004, 222 p.

Mill, John Stuart, *On Liberty*, New York: Gateway Editions, 148 p.

Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia. *Libro blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, D. F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p

Prud'homme, Jean-François, compilador, *Demócratas, liberales y republicanos*, México, D. F.: El Colegio de México, 2000, 217 p.

Rawls, John, *Liberalismo político*, 4ª reimpresión, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2003, 359 p.

Reyes Heróles, Federico, *Entre las bestias y los dioses. Del espíritu de las leyes y de los valores políticos*, México, D. F.: Océano, 2004, 250 p.

Schmitt, Carl, *El defensor de la Constitución*, Madrid: Tecnos, 1998, 251 p.

Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, 2ª edición, Madrid: Tecnos, 1996, 118 p.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, 4ª reimpresión, Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003, 487 p

Silva-Herzog Márquez, Jesús, "Clericalismo republicano", en *Reforma*, 31 de octubre de 2005

Silva-Herzog Márquez, Jesús, *La idiotez de lo perfecto. Miradas a la política*, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2006, 187 p.

Smolla, Rodney A., *Free speech in an open society*, New York: Vintage Books, 1993, 429 p.

Sunstein, Cass R., *Why societies need dissent*, Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 2003, 246 p.

Sunstein, Cass R., *Democracy and the problem of free speech*, New York: The free press, 1995, 326 p.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Sesión Pública Ordinaria celebrada el miércoles cinco de octubre de dos mil cinco*, Amparo en revisión 2676-2003. Quejoso: Sergio Hernán Witz Rodríguez, 38 p.

Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, 8ª reimpresión, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1996, 751 p.

Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1964, 1245 p.

Weber, Max, *Escritos políticos*, 2ª edición, Madrid: Alianza Editorial, 2008, 348 p.