

CAPÍTULO TERCERO

LOS DERECHOS DE LIBERTAD

I. Introducción al concepto de libertad	301
1. Libertad como no esclavitud y como no sujeción al poder	303
2. Libertad negativa y libertad positiva	304
A. Libertad negativa	307
B. Libertad positiva	310
3. Libertad y derechos fundamentales	313
4. Las amenazas a la libertad.	321
II. La prohibición de la esclavitud (artículo 1o., párrafo segundo) .	323
III. Libertad de enseñanza (artículo 3o.)	325
1. La autonomía universitaria	327
2. La libertad de cátedra	335
3. La educación y los derechos fundamentales	338
IV. Libertad de procreación (artículo 4o.).	341
Libertad de procreación y nuevas tecnologías.	355
V. Libertad de ocupación o trabajo (artículo 5o.)	356
VI. Libertad de expresión (artículo 6o.)	371
1. Prohibición de censura	373
2. Modalidades de la expresión	378
3. Los límites a la libertad de expresión	380
4. Libertad de expresión y medios de comunicación	386
5. La libertad de expresión y los miembros del Congreso de la Unión	405

6. La libertad de expresión en perspectiva comparada y en el derecho internacional de los derechos humanos	408
A. La pornografía	415
B. El lenguaje del odio	417
C. El financiamiento de la política	419
D. La quema de banderas	420
E. La crítica a los funcionarios públicos	421
7. La libertad de expresión en la era del Internet	423
VII. Libertad de imprenta (artículo 7o.)	427
La veracidad informativa y el daño moral	434
VIII. Derecho de rectificación	440
IX. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen	449
1. Derecho a la intimidad.	450
A. La intimidad en las sociedades modernas.	450
B. La intimidad como bien jurídico	453
C. La protección de la intimidad en el derecho comparado .	457
2. Derecho al honor	466
3. Derecho a la propia imagen	470
X. Las libertades de asociación y reunión (artículo 9o.).	471
1. Libertad de reunión	471
2. Libertad de asociación.	475
La organización interna de las asociaciones y los efectos horizontales del derecho de asociación	485

XI. Libertad de tránsito y de residencia (artículo 11)	487
1. Libertad de tránsito	487
2. Los límites a la libertad de tránsito y las detenciones arbitrarias	492
3. La libertad de tránsito y circulación en el derecho internacional de los derechos humanos.	496
4. La libertad de tránsito y el artículo 33 constitucional . . .	502
5. La libertad de residencia.	504
XII. Libertad religiosa (artículos 24 y 130)	506
1. La libertad religiosa en las primeras declaraciones de derechos	510
2. La libertad ideológica	514
3. La libertad religiosa en México	517
4. Límites a la libertad religiosa	522
5. Temas pendientes en México en materia de libertad religiosa	526
A. La objeción de conciencia	527
B. La impartición de contenidos religiosos en las escuelas públicas	535
6. La libertad religiosa en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional comparado .	539
XIII. Las libertades económicas (artículos 25, 26 y 28)	547
1. La rectoría económica del Estado.	551
2. La economía mixta	554
3. La planeación democrática del desarrollo.	556
4. El banco central	558
5. La libre concurrencia en el artículo 28 constitucional . . .	560

A. Libre concurrencia y libertad de trabajo	562
B. Prohibición de monopolios	563
C. Exención de impuestos	567
D. Límites a la libre concurrencia	569
E. Los monopolios constitucionalmente permitidos	569
6. Iniciativa privada y planificación estatal en el marco constitucional de las libertades económicas.	571
XIV. Bibliografía	572

CAPÍTULO TERCERO

LOS DERECHOS DE LIBERTAD

I. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE LIBERTAD

Definir el concepto de libertad es una de las tareas más complejas del conjunto de las ciencias sociales. Su estudio se puede hacer, con los distintos matices metodológicos, en cada una de ellas, ya que supone un presupuesto necesario para todas.

Tal como sucede con otros términos que son empleados en el lenguaje político, ha sido frecuente en la historia reciente que el concepto de libertad se haya utilizado para tratar de justificar un determinado régimen, aprovechando su carácter marcadamente emotivo. Por ejemplo, regímenes dictatoriales se han presentado como “liberadores” de su pueblo. La anulación de las libertades en los regímenes comunistas se justificaba diciendo que en realidad eran los consumidores capitalistas los que no eran libres, ya que estaban sujetos a la dictadura del mercado.

Quizá previendo lo anterior, Montesquieu ya advertía en *El espíritu de las leyes* que “No hay una palabra que haya recibido significaciones tan diferentes y que haya conmocionado los espíritus de tantas maneras como la palabra «libertad»”; el propio Montesquieu señalaba también el muy distinto entendimiento que desde siglos atrás se hacía de la libertad:

Unos la consideran como la facultad de deponer a quien han dado un poder tiránico; otros como la facultad de elegir a quién deben obedecer; otros como el derecho a ir armados y poder ejercer la violencia; otros como el privilegio de no ser gobernados sino por un hombre de su nación o por sus propias leyes. Hace tiempo cierto pueblo hizo consistir la libertad en el uso de llevar una larga barba. Unos han adjudicado ese nombre a una forma de gobierno y han excluido de él a las demás. Los que gustaban del gobierno republicano la han asociado con ese gobierno; los que disfrutaban del gobierno monárquico la han situado en la monarquía. En fin, cada cual ha llamado libertad al gobierno que se ajustaba a sus costumbres o a sus inclinaciones.

Por lo que hace al objeto de este libro, el término será analizado desde un punto de vista general y desde otro particular. El primero, a efecto de establecer algunas ideas genéricas sobre la libertad, analizando cuestiones que interesan al conjunto de las ciencias sociales y que, en esa medida, toman en cuenta categorías provenientes de varias de ellas; el segundo tendrá por objetivo determinar el concepto de libertad desde una óptica jurídica, es decir, la libertad entendida desde la perspectiva del ordenamiento jurídico-constitucional.

Se debe apuntar, preliminarmente, que tanto el de igualdad como el de libertad son conceptos matrices que impregnán a todos los derechos fundamentales, y no sólo a los más obvios como pueden ser los concretos derechos de igualdad (estudiados en el capítulo precedente) o los concretos derechos de libertad (objeto de estudio del presente capítulo). Es decir, no se puede hablar por ejemplo de los derechos sociales sin entender antes qué es la libertad educativa, la libertad de expresión o la igualdad en derechos fundamentales. Tampoco tiene sentido referirse, por mencionar otro caso, a los derechos de autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas si no partimos de los mismos presupuestos de libertad e igualdad reconocidos a todas las personas por nuestros textos constitucionales.

La libertad cobra sentido cuando es reconocida a todos por igual; obviamente el reconocimiento de la libertad en condiciones de igualdad no genera, por sí mismo y de forma automática, un igual ejercicio de la libertad por cada persona; el ejercicio de las libertades depende también de los medios con que cuente cada uno para realizarlo. De la misma manera, la igualdad tiene sentido cuando se acompaña con la libertad; ¿para qué nos serviría tener escrito en la Constitución que todos somos iguales si luego no podemos elegir nuestros propios planes de vida, si no se nos permite desplazarnos por el territorio de un Estado o si no podemos expresar públicamente nuestras opiniones? Por tanto, libertad e igualdad son dos términos que en la práctica del Estado constitucional se autoimplican, puesto que cada uno de ellos es necesario para que se realice el otro.¹

¹ Hay que enfatizar que la implicación entre libertad e igualdad tiene que ver con la práctica del Estado constitucional, lo cual no quiere decir que teóricamente no se puedan imaginar situaciones en las que los dos términos se presenten aislados o incluso contrapuestos. De su autoimplicación no se puede derivar, incluso desde el punto de vista práctico, que no haya tensiones entre ambos conceptos. De hecho, algún autor como Danilo Zolo, ha sostenido que en una democracia con economía de mercado siempre habrá una tensión general entre libertad e igualdad; Zolo, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los ‘derechos fundamentales’”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 87.

Otra cuestión preliminar que debe ser mencionada es el efecto positivo (emotivo, se podría decir) que la palabra libertad tiene, que lo expone con facilidad a una manipulación por parte del lenguaje político.² Al igual que sucede con otros términos, el de “libertad” genera adhesiones inmediatas para quien lo esgrime. Cuando se examina su utilización en el debate político se debe tener claro su significado, de manera que tengamos la capacidad de discernir entre sus verdaderos alcances y su manipulación efectista, a la cual —lamentablemente— algunos políticos suelen acudir con más frecuencia de la debida, incluso en contextos de transición democrática, como el que tenemos en México desde hace unos años.

1. Libertad como no esclavitud y como no sujeción al poder

Comenzando con el análisis del concepto de libertad, se puede afirmar que intuitivamente la libertad se refiere a un estado personal contrario a la esclavitud; es decir, una persona es considerada libre siempre que no sea un esclavo. También se puede distinguir entre quienes son libres y quienes son ya no esclavos pero sí siervos. No es lo mismo la esclavitud que la servidumbre. La primera es una condicionante más intensa respecto a la falta de libertad. Bovero lo explica con los siguientes términos: “de acuerdo con un cierto uso, esclavo y siervo se distinguen entre sí por el hecho de que el esclavo está encadenado y el siervo no; en otras palabras, el esclavo es un siervo encadenado, el siervo es un esclavo sin cadenas... el esclavo es todavía menos libre que el siervo”.³

En una segunda aproximación, se puede decir que la libertad se puede oponer al concepto de poder.⁴ De esta forma, será libre quien no esté sujeto a ningún poder, no solamente a ningún poder jurídico, sino a ninguna otra forma de poder, es decir, a cualquier tipo de influencia o determinación de su conducta.⁵ Si alguien puede ejercer cualquier tipo de poder sobre nuestra persona, entonces podemos decir que no somos completamente libres.

² Al respecto, Laporta, Francisco J., “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, Madrid, núm. 52, 1983, pp. 23 y ss.

³ Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2002, p. 74.

⁴ Ferrajoli, Luigi, “Tre concetti di libertá”, *Democrazia e Diritto*, Roma, núm. correspondiente al tercero y cuarto trimestre del 2000, pp. 169 y ss.

⁵ Bovero, Michelangelo, *Una gramática...*, cit., pp. 75 y ss.

2. *Libertad negativa y libertad positiva*

La mayor parte de los análisis teóricos están de acuerdo en distinguir dos formas de libertad: la negativa y la positiva. Esta distinción conceptual parte de las ideas que ya había sostenido Benjamin Constant en 1819, en su conocido ensayo *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*⁶ y que luego fueron retomadas por Isaiah Berlin a mediados del siglo XX.⁷

En su famosa conferencia, Constant distingue la libertad de los modernos de la libertad de los antiguos. Para los modernos la libertad sería

El derecho de cada uno a no estar sometido más que a las leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de uno o varios individuos. Es el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y a ejercerlo, a disponer de su propiedad, y abusar incluso de ella; a ir y venir sin pedir permiso y sin rendir cuentas de sus motivos o de sus pasos. Es el derecho de cada uno a reunirse con otras personas, sea para hablar de sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran, sea simplemente para llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones, a sus caprichos. Es, en fin, el derecho de cada uno a influir en la administración del gobierno, bien por medio del nombramiento de todos o de determinados funcionarios, bien a través de representaciones, de peticiones, de demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración.⁸

La libertad de los antiguos consistía según Constant,

En ejercer de forma colectiva pero directa, diversos aspectos del conjunto de la soberanía, en deliberar, en la plaza pública, sobre la guerra y la paz, en concluir alianzas con los extranjeros, en votar las leyes, en pronunciar sentencias, en examinar las cuentas, los actos, la gestión de los magistrados, en hacerlos comparecer ante todo el pueblo, acusarles, condenarles o absolverles; pero a la vez que los antiguos llamaban libertad a todo esto, admitían como compatible con esta libertad colectiva la completa sumisión del individuo a la autoridad del conjunto... Todas las actividades privadas estaban sometidas a una severa vigilancia; nada se dejaba a la independen-

⁶ Traducción al español, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, incluida en Constant, Benjamin, *Escrítos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 257-285.

⁷ “Dos ensayos sobre la libertad”, incluido en su libro *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2000. El texto fue publicado originalmente en 1958.

⁸ “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, cit., pp. 259 y 260.

cia individual, ni en relación con las opiniones, ni con la industria, ni, sobre todo, con la religión.⁹

La distinción de Constant parece basarse en la libertad dentro de las actividades privadas (comunicarse, reunirse, no poder ser arrestado, elegir el propio trabajo, poder usar la propiedad, etcétera) y dentro de las actividades públicas; la primera corresponde a “los modernos” y la segunda a “los antiguos”. Para citar sus palabras, “nosotros (los modernos) ya no podemos disfrutar de la libertad de los antiguos, que consistía en la participación activa y continua en el poder colectivo. Nuestra libertad debe consistir en el disfrute apacible de la independencia privada”.¹⁰

Lo que me parece que pone de manifiesto el criterio de Constant es, en primer lugar, que la democracia y los derechos fundamentales no nacieron de forma simultánea. Si se observa con detenimiento veremos que el contenido de la “libertad de los antiguos” según Constant se asemeja mucho a varios de los derechos, actividades y actitudes que hoy en día asociamos con la democracia, entendida en sentido amplio como la participación de la mayor parte de una colectividad en los asuntos de interés general. Por su parte, la “libertad de los modernos” conforma la primera esfera —en sentido histórico— de lo que conocemos como derechos fundamentales (los derechos de libertad). Esa división entre derechos y democracia no es gratuita y tiene una explicación no solamente histórica sino también axiológica y desde luego política.

La democracia, que habían conocido siglos atrás los griegos en sus pequeñas ciudades-Estado, no existió para el constitucionalismo sino hasta bien entrado el siglo XX (basta recordar que países considerados hoy en día como inequívocamente democráticos no reconocieron el derecho de la mujer al voto sino hasta hace pocas décadas, y que Estados Unidos tuvo que pasar por una guerra civil para reconocer que las personas afroamericanas eran sujetos y no objetos del ordenamiento jurídico). En muchos aspectos, la tensión entre democracia y derechos fundamentales sigue viva en casi todos los países en donde ambos extremos son cultivados con algo de seriedad.

Ahora bien, aunque pueda parecer que bajo la óptica de Constant una cosa serían los derechos de libertad entendidos como derechos destinados a tutelar una esfera privada en favor de los particulares y en contra del Estado, y otra cuestión distinta serían los derechos de participación política (equivalente moderno a la “libertad de los antiguos” para Constant), lo cierto es que al final de su texto el autor parece intentar reunir ambos conceptos a fin de que se refuer-

⁹ *Ibidem*, p. 260.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 267 y 268.

cen mutuamente. Lo hace cuando se refiere a los peligros que amenazan a ambos tipos de libertad. En este contexto, Constant sostiene que “El peligro de la libertad antigua consistía en que los hombres, atentos únicamente a asegurarse la participación en el poder social, despreciaran los derechos y los placeres individuales”;¹¹ por su parte, “El peligro de la libertad moderna consiste en que, absorbidos por el disfrute de nuestra independencia privada y por la búsqueda de nuestros intereses particulares, renunciemos con demasiada facilidad a nuestro derecho de participación en el poder político”.¹²

¿Cómo evitar éste último riesgo? Constant ofrece como solución la democracia representativa; ya que el ejercicio de la libertad de los modernos requiere tiempo para dedicarse a los asuntos privados, entonces será necesario que alguien se encargue de los asuntos públicos; como dice nuestro autor,

El sistema representativo no es otra cosa que una organización que ayuda a una nación a descargar en algunos individuos lo que no puede o no quiere hacer por sí misma... El sistema representativo es un poder otorgado a un determinado número de personas por la masa del pueblo, que quiere que sus intereses sean defendidos y que sin embargo no tiene tiempo de defenderlos siempre por sí misma.¹³

El poder entregado a los representantes no era absoluto, como en las antiguas monarquías, sino que requería, según Constant, que los pueblos ejercieran “una vigilancia activa y constante sobre sus representantes”, de forma que se reserven “en períodos que no estén separados por intervalos demasiado largos, el derecho de apartarles si se han equivocado y de revocarles los poderes de los que hayan abusado”.¹⁴

Para nuestra exposición, interesa el concepto de “libertad de los modernos” de Constant, ya que es la base para que primero Berlin y luego otros importantes teóricos construyan a su vez el concepto de “libertad negativa”.

Conviene señalar desde el principio que la calificación de negativa y positiva que se aplica al término libertad no tiene un significado axiológico, sino simplemente lógico, es decir, no es que el primer tipo de libertad sea indeseable o perjudicial y el segundo deseable y benéfico, sino que se denominan de esa forma por virtud de su contenido,¹⁵ como veremos enseguida.

¹¹ *Ibidem*, p. 282.

¹² *Ibidem*, pp. 282 y 283.

¹³ *Ibidem*, pp. 281 y 282.

¹⁴ *Ibidem*, p. 282.

¹⁵ Bovero, Michelangelo, *Una gramática...*, cit., p. 81.

A. *Libertad negativa*

La libertad negativa se puede definir, en palabras de Norberto Bobbio, como “la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos”.¹⁶ Esta libertad supone que no hay impedimentos para realizar alguna conducta por parte de una determinada persona (ausencia de obstáculos), así como la ausencia de restricciones, es decir, la no existencia de obligaciones de realizar determinada conducta. Isaiah Berlin se refiere a la libertad negativa con las siguientes palabras:

Normalmente se dice que yo soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad. En este sentido, la libertad política es, simplemente, el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Yo no soy libre en la medida en que otros me impiden hacer lo que yo podría hacer si no me lo impidieran.¹⁷

La libertad negativa puede ser prejurídica o jurídica; es del primer tipo cuando una determinada conducta no está jurídicamente regulada, es decir, cuando el derecho no la toma en cuenta y, en esa virtud, puede ser libremente realizada o no realizada por una persona. La libertad negativa es jurídica cuando el ordenamiento le asegura a una persona la posibilidad de realizar una conducta sin interferencias y sin restricciones.¹⁸

Un ejemplo de lo primero sería la forma en que se puede subir a una bicicleta; dicha conducta no está regulada por el derecho y por tanto el individuo la puede realizar como mejor le parezca o puede también no realizarla en lo absoluto.

Ejemplo de lo segundo es la prohibición de impedir la libre expresión de las ideas; las Constituciones modernas preservan un ámbito comunicativo libre para las personas y les aseguran de esa forma que las conductas que tengan por objeto transmitir sus ideas estarán libres de cualquier interferencia.

La figura deontica que identifica a la libertad negativa dentro de un ordenamiento jurídico es la permisión;¹⁹ por ejemplo, un enunciado normativo de este

¹⁶ *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 97.

¹⁷ Berlin, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, *cit.*, p. 220.

¹⁸ El Tribunal Constitucional español parece haber recogido este concepto en alguno de sus fallos, cuando expresa que “La libertad es el pleno poder de autodeterminación de las facultades que componen esa específica manifestación del ámbito vital calificado por la Constitución como libre” (Sentencias 244/1991).

¹⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002, pp. 211 y ss.

tipo diría: “El sujeto *A* es libre de hacer *X* en relación con el sujeto *B* o en relación con todos los sujetos de la comunidad política *C*”.

Concretando lo anterior podemos decir, como lo escribe Francisco J. Laporta, que “Desde el punto de vista jurídico-político hay libertad para actuar de una determinada manera cuando no existe una norma jurídica alguna que prohíba hacerlo, o bien no existe norma que obligue a actuar de otro modo, o, todavía, existe una norma que permita explícitamente actuar de este modo”.²⁰ A lo primero (“cuando no existe una norma jurídica que prohíba hacerlo”) lo hemos llamado “libertad prejurídica”, puesto que comprende todos aquellos aspectos o sectores del acontecer humano que no están regulados por el derecho y en los que, por tanto, se puede actuar libremente; lo segundo (“no existe una norma que obligue a actuar de otro modo”) podría decirse que se trata de lo mismo, puesto que estamos ante una “no regulación” jurídica, ante una “ausencia de obligación” que nos permite conducirnos como queramos; finalmente, lo tercero (“existe una norma que permite explícitamente actuar de ese modo”) nos interesa mucho ya que ese tipo de normas son las que contienen justamente los derechos fundamentales de libertad; su redacción puede ser variable, ya que puede consistir tanto en una autorización para hacer algo (por ejemplo, “toda persona tiene el derecho de transitar libremente por el interior de la República sin necesidad de salvoconducto”), como en la prohibición a los demás de interferir con nuestra libertad (“nadie puede impedir la libre expresión de las ideas”).

Algunos autores, como Robert Alexy, entienden que cuando estamos frente a una libertad no regulada nos encontramos de todas formas ante una libertad de tipo jurídico; el hecho de que una conducta no esté regulada no significa, según Alexy, que se trate de una libertad prejurídica, sino de una libertad jurídica a la que se debe aplicar el principio general de derecho según el cual “lo que no está prohibido está permitido”. Estaríamos, según nuestro autor, ante una norma permisiva de derecho fundamental que contendría una permisión implícita, ya que el sistema jurídico no establece ninguna norma de mandato o de prohibición para esa conducta.²¹

Como recuerda Bobbio,²² ya en los primeros desarrollos del pensamiento ilustrado se encuentran las ideas básicas sobre la libertad negativa. Por ejemplo, Hobbes sostiene que

²⁰ Laporta, Francisco J., “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *cit.*, p. 25.

²¹ *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 222 y 223.

²² *Igualdad y libertad*, *cit.*, p. 99.

dado que las leyes nunca han limitado ni pueden limitar todos los movimientos y acciones de los ciudadanos en vista de su variedad, quedan necesariamente innumerables cosas que las leyes no ordenan ni prohíben, y cada uno puede hacer u omitir, según su criterio. Con respecto de ellas se dice que cada una goza de su libertad, debiéndose entender, en este caso, que la libertad es aquella parte del derecho natural que las leyes civiles permiten y dejan a discreción de los ciudadanos [*De Cive*, XIII, 5].

Cercana a esta concepción de Hobbes es la que sostiene Locke, que identifica al estado de naturaleza como el reino de la libertad absoluta; el estado de naturaleza, sostiene, es “un Estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre” (*Segundo tratado sobre el gobierno civil*).

El mismo Locke escribió también que “la libertad de los hombres bajo el gobierno consiste... en una libertad que me permite seguir mi propia voluntad en todo aquello en lo que la norma no prescribe, así como no estar sometida a la voluntad inconstante, incierta, desconocida y arbitraria de otro hombre” (*Segundo tratado sobre el gobierno civil*).

Para Rousseau, que seguramente coincide con Locke en su apreciación de la libertad en el estado de naturaleza, lo importante es definir las bases de la libertad una vez que se establece el contrato social; la libertad, en este contexto, quedará salvaguarda por la voluntad general que crea la ley, puesto que “la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad” (*Contrato Social*, VIII, 1).²³

Finalmente, hay que recordar también a Montesquieu cuando sostiene que “La libertad es el derecho de hacer aquello que las leyes permiten” (*El espíritu de las leyes*, XII, 2).²⁴

La influencia de estos pensadores sobre los primeros textos constitucionales se ilustra con el ejemplo del artículo 4o. de la Declaración francesa de 1789, que comienza afirmando que “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otros...”.

²³ Bobbio, Norberto, “Kant y las dos libertades”, en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 115 y ss.

²⁴ En torno a las ideas de Hobbes, Locke y Montesquieu sobre la libertad, Abellán, Ángel Manuel, “De la libertad moderna a la idea liberal burguesa y a los derechos fundamentales”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. III, pp. 73 y ss.

B. *Libertad positiva*

Por su parte, la libertad positiva puede definirse como “la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros”.²⁵ Si la libertad negativa se entiende como la ausencia de obstáculos o restricciones, la positiva supone la presencia de un elemento crucial: la voluntad, el querer hacer algo, la facultad de elegir un objetivo, una meta. La libertad positiva es casi un sinónimo de la autonomía.²⁶

Mientras que la libertad negativa tiene que ver con la esfera de las acciones, la positiva se relaciona con la esfera de la voluntad. Como dice Bobbio, “La libertad negativa es una cualificación de la acción; la libertad positiva es una cualificación de la voluntad”;²⁷ o en palabras de Berlin, “El sentido «positivo» de la libertad sale a relucir, no si intentamos responder a la pregunta «qué soy libre de hacer o de ser», sino si intentamos responder a «por quién estoy gobernado» o «quién tiene que decir lo que yo tengo y lo que no tengo que ser o hacer»”.²⁸

Aunque la distinción entre ambos tipos de libertad tiene pleno sentido y contribuye a entender mejor un fenómeno complejo como el que nos ocupa, hay que decir que idealmente ambas libertades deben coexistir para que el sujeto sea *plenamente libre*. Es decir, un sujeto será plenamente libre si es capaz de articular una voluntad que le permita fijarse una meta o un objetivo y si, *al mismo tiempo*, es capaz de realizar las conductas necesarias para alcanzar esa meta sin obstáculo y sin que esté obligado a realizar una conducta distinta. Algunos autores, en este sentido, cuestionan que los dos tipos de libertad puedan mantenerse tajantemente separados, incluso en el plano conceptual, y señalan la posibilidad de reconducir los actos de libertad positiva hacia la libertad negativa al entender que la autonomía no es más que una secuencia de conductas posibles no interferidas por normas.²⁹ Como quiera que sea, me parece que tiene sentido mantener la distinción, no solamente porque es útil desde un punto de vista pedagógico, sino porque permite refinar el análisis de la conducta huma-

²⁵ Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, cit., p. 100.

²⁶ Laporta, Francisco J., “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, cit., p. 26.

²⁷ *Igualdad y libertad*, cit., p. 102.

²⁸ Berlin, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, cit., pp. 230-231.

²⁹ Laporta, Francisco J., “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, cit., p. 37.

na libre y ofrece una perspectiva más rica para comprender el sistema constitucional de derechos fundamentales.

La libertad positiva puede tener una connotación individual y otra colectiva; la primera, según se ha mencionado, puede asociarse con la autonomía, mientras que la segunda se refiere a la autodeterminación, y es ejercida por colectividades sociales como las naciones, entidades federativas, minorías étnicas, etcétera. Una y otra expresión de la libertad positiva están conectadas, ya que un individuo es autónomo siempre que pueda contribuir a la toma de decisiones colectivas dentro de su comunidad, por ejemplo si tiene derecho a votar y ser votado. Bovero lo explica como sigue:

libre (en sentido positivo) o, más bien, políticamente autónomo... es aquel sujeto que contribuye a producir las normas del colectivo político (del Estado) del cual él mismo es miembro. Pero con mayor razón serán autónomos los ciudadanos de aquellos Estados en los cuales les está reconocido a todos el derecho-poder de participar en el proceso decisional político, o sea, en aquel proceso que culmina con la asunción de las decisiones colectivas. En ello consiste la que debería llamarse propiamente *libertad democrática*, y que coincide con la atribución de los derechos políticos a todos los miembros (adultos) de la colectividad. En razón de dicha atribución, en efecto, ningún individuo resulta estar subordinado a una voluntad externa, que se impone desde lo alto y desde fuera, porque cada uno participa, al igual que todos los demás, en la determinación de la voluntad colectiva...³⁰

La libertad positiva ha sido reivindicada con mucha energía por las teorías neorrepublicanas, que sostienen la necesidad de entender a la libertad como un estado de no-dominación.³¹ De hecho, para dichas teorías, la distinción entre libertad negativa y libertad positiva tendría que ser superada para alcanzar un concepto intermedio entre las dos que reflejara la posibilidad de una ausencia de dominio y no solamente una ausencia de interferencia. Pettit, por ejemplo, sostiene que puede haber ausencia de interferencia en muchas de nuestras decisiones, pero que las mismas pueden estar profundamente determinadas por un sinnúmero de coerciones que nos obligan a elegir entre una u otra cosa. Lo importante para preservar la libertad, asegura el mismo autor, es proteger a la persona de la dominación.³²

De la mano con las teorías republicanas, autores como Philippe Van Parijs sostienen la necesidad de proteger la “libertad real” de todas las personas, ase-

³⁰ *Una gramática..., cit.*, p. 90.

³¹ Pettit, Philip, *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 40 y ss.

³² *Ibidem*, p. 43.

gurándoles los medios suficientes para que puedan escoger de forma verdaderamente libre sus objetivos vitales;³³ en sus propias palabras: “Se es realmente libre, en oposición precisamente a formalmente libre, en la medida en que se poseen los medios, no sólo el derecho, para hacer cualquier cosa que uno pudiera querer hacer”.³⁴ Eso se lograría, según este autor, por ejemplo a través de la asignación universal de un ingreso mínimo garantizado. Se trata de lo que en el capítulo segundo hemos llamado el derecho a la “renta básica”.

Como señala Francisco J. Laporta,

La situación de extremada indigencia o de carencia de cultura no provoca la imposibilidad de ciertas acciones, sino su alta improbabilidad y por tanto puede hablarse con sentido de que tales acciones están prohibidas o permitidas. Naturalmente ser libre de realizar una acción para cuya puesta en marcha la probabilidad que tengo es cercana a la nada no producirá en mí un entusiasmo particular por esa libertad, pero tengo libertad para ponerla en marcha. Lo que la pobreza o la incultura produce no es una ausencia de libertad, sino una actitud de desdén hacia ella ante lo perentorio de la necesidad de acceder a otros bienes prioritarios.

La cita anterior de Laporta es interesante porque pone en evidencia que la idea de “libertad real” de Van Parijs no significa que sin contar con los medios de ejercerla una persona no sea libre desde un punto de vista jurídico o político. Una persona es libre en tanto que no exista una norma que le prohíba conducirse de X o Y manera, con independencia de si X o Y están o no dentro de su alcance real de posibilidades, diría Laporta. Van Parijs no negaría lo anterior, que es del todo cierto en la medida de que, en nuestras sociedades modernas, los derechos de libertad son derechos universalmente reconocidos a todos, contrariamente a lo que sucedía en otros tiempos en que la titularidad de ciertos derechos se hacía depende del nivel de ingresos o del grado de escolaridad que tuviera alguna persona. Pero aceptado lo anterior, Van Parijs seguramente preguntaría qué más podemos hacer para dotar de contenidos reales a la libertad, de manera que no sea un juguete bonito pero inútil para llevar a cabo nuestros objetivos. Para este autor, corresponde a la teoría desarrollar una serie de esquemas que hagan de la libertad algo más que una mera proclamación teórica, que no significa nada concreto para millones de personas que simplemente no tienen los medios para hacer que su existencia cotidiana sea *realmente* libre.

La pregunta importante es si debemos conformarnos con decirle a una persona, que de hecho no puede ni siquiera comprarse unos zapatos, que tiene li-

³³ De este autor, *Libertad real para todos*, Barcelona, Paidós, 1996.

³⁴ *Ibidem*, p. 53.

bertad de tránsito y que, en esa medida, puede irse a descansar el fin de semana a Acapulco con su familia, puesto que nadie le puede impedir que se desplace hasta ese puerto. ¿Cómo hará uso esa persona de la libertad de tránsito? ¿le diremos que, en el peor de los casos, puede ir y regresar caminando (son casi 600 kilómetros de ida y otros tantos de regreso)? ¿pensará esa persona que en verdad la Constitución y el sistema de libertades que preserva son uno de los adelantos más portentosos de la racionalidad humana?

Desde luego, hay que ser conscientes que no corresponde *solamente* a la ciencia jurídica ofrecer respuestas a la falta de medios para ejercer la libertad. También la sociología, la ciencia política, la filosofía y muy centralmente la economía tienen bastante que decir en éste asunto. Pero ello no significa que, desde la ciencia jurídica, no estemos obligados a señalar que junto con el reconocimiento de las libertades debemos buscar los medios para hacerlas realidad, porque de otra manera serán adornos colgados de los textos constitucionales, seguramente muy bonitos e interesantes, pero con un radio de acción bastante limitado.

3. *Libertad y derechos fundamentales*

De todo lo anterior derivan varias cuestiones concretas para entender los derechos fundamentales de libertad. Para empezar, se puede decir que los derechos de libertad (utilizando el concepto de libertad negativa) generan ámbitos de inmunidad en favor de los individuos, que no pueden ser traspasados por el Estado; es decir, los derechos de libertad se constituyen como límites negativos (de no hacer) para los poderes públicos, que están obligados a no interferir en las conductas amparadas en esos derechos. Algunos autores llaman a este tipo de derechos “derechos-defensa”, ya que permiten al individuo defenderse de intromisiones en su conducta.³⁵

Los “derechos-defensa” pueden dividirse, según Alexy, en tres grupos diferentes. El primero de ellos está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas *acciones* del titular del derecho. El segundo grupo se integra por los derechos a que el Estado no afecte determinadas *propiedades o situaciones* del titular del derecho. El tercer grupo comprende derechos a que el Estado no elimine determinadas *posiciones jurídicas* del sujeto del derecho.³⁶

³⁵ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 188. Sobre la caracterización de los “derechos de defensa”, ver también Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003, pp. 109 y ss.

³⁶ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 189 y ss.

Teniendo presente este triple significado de los derechos-defensa es como mejor se puede proteger la libertad. La ventaja de la exposición de Alexy es que nos hace ver la complejidad del sistema de los derechos de libertad. Si reducimos esos derechos a una simple obligación negativa de no interferencia por el Estado, es seguro que no podremos asegurar de la mejor forma posible muchas libertades reconocidas en todos los Estados democráticos. Así, por ejemplo, si el Estado deroga las normas que reconocen la personalidad jurídica de las empresas, estaremos imposibilitados para ejercer una parte importante de la libertad de asociación; de la misma forma, si el Estado deroga las normas que contemplan las formalidades para contraer matrimonio no podrán alcanzarse los objetivos que algunas personas pretenden lograr al celebrar con las solemnidades del caso un contrato para dar efectos jurídicos a sus vínculos afectivos.³⁷

También podríamos decir que existe en general un *principio de libertad* conforme al cual cualquier ámbito exento de regulación está permitido para los particulares; en otras palabras, en todo aquello en lo que no existan reglas se entiende que las personas pueden conducirse como lo prefieran. Este principio es exactamente opuesto al que rige para las autoridades y órganos públicos, ya que en su caso solamente pueden actuar cuando una norma del sistema jurídico se los permite (en esto reside el significado del principio de legalidad que revisaremos dentro del capítulo relativo a los derechos de seguridad jurídica).

Ahora bien, si la libertad es un derecho fundamental (concretada en los diversos derechos de libertad que establecen la Constitución mexicana y los tratados internacionales de derechos humanos), entonces debe ser capaz de hacerse valer, con los matices que sean necesarios, frente a todos, no solamente frente a los poderes públicos; de lo anterior deriva la necesidad de que el Estado asegure la libertad también frente a los particulares.

Por otro lado, no basta que la libertad tutelada constitucionalmente se limite a remover los límites o restricciones que pueden afectar a la libre realización de la conducta entendida como libertad negativa, sino que es necesario también que la persona pueda estar ajena a las diversas formas de sujeción que existen hoy día, de forma que sea capaz de desarrollar sus planes de vida de manera autónoma; es decir, se requiere también la tutela de la libertad positiva.

Para lograr la tutela de la libertad positiva, o en otras palabras, para permitir ejercer plenamente la autonomía personal, los Estados democráticos modernos asumen una serie de tareas que les permitan a las personas contar con los ele-

³⁷ Sobre este último punto en concreto, ver el muy interesante trabajo de Ferreres, Víctor, “El principio de igualdad y el «derecho a no casarse»”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 42, septiembre-diciembre de 1994, pp. 163 y ss.

mentos necesarios para desarrollar sus planes de vida. Para desarrollar cualquier plan de vida (casi con independencia del contenido concreto de ese plan) todos necesitamos contar con mínimas condiciones de salud; en consecuencia, el Estado asume la creación y administración de un sistema de salud pública para que cualquier persona, con independencia de que tenga o no ingresos económicos o del lugar en donde viva dentro del territorio nacional, pueda recibir atención médica en caso de necesitarla y de esa manera continuar con el desarrollo de su vida. De la misma forma, todo plan de vida que nos queramos proponer requiere que contemos con un mínimo de conocimientos elementales sobre nosotros mismos y sobre el mundo que nos rodea; para lograr esos conocimientos, el Estado instrumenta un sistema de educación pública para que todas las personas, sin importar su situación social, puedan contar con los elementos necesarios para realizar sus propias aspiraciones, sean las que sean.

Para ilustrar la importancia de contar con la información suficiente para ejercer la libertad se puede acudir a un ejemplo puesto por Locke y recordado por Rosenkrantz: una persona dejada dentro de una celda que está convencida de que todas las salidas están clausuradas, cuando hay una que no lo está, puede decirse que es “libre” de dejar la celda, pero dada la información con la que cuenta en realidad no es autónoma para hacerlo;³⁸ dicha autonomía se vería reforzada si un tercero pudiera explicarle que *a)* no debe aceptar como algo dado e irrefutable que todas las salidas están clausuradas; o *b)* incluso si la persona encerrada sabe que todas las salidas están clausuradas porque esa es la información con la que cuenta, no estaría de más que verificara por sí misma que en efecto lo están, sin creer en que la información que tiene es verdadera *prima facie*.

A partir de lo anterior podemos entender la íntima dependencia que existe entre todos los derechos fundamentales. Lejos de lo que tradicionalmente se había planteado por la mayor parte de los teóricos, no hay una separación tajante entre los derechos de libertad y los derechos sociales. Como acabamos de ver, la realización de la libertad a través del ejercicio de la autonomía personal requiere del establecimiento y puesta en práctica de los derechos sociales (educación, salud, vivienda, trabajo, medio ambiente, tutela de los más débiles, etcétera). Aunque la mayor parte de los derechos sociales tienen un valor y una justificación autónoma, todos pueden ser entendidos además como *instrumentos* al servicio de la libertad, en la medida en que potencian su goce efectivo.

Intentando resumir lo que hemos visto en los apartados anteriores podemos decir que el término “libertad” comprende varias ideas distintas; significa, por

³⁸ Rosenkrantz, Carlos F., “El valor de la autonomía”, en VV. AA., *La autonomía personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 16.

un lado, “ausencia de impedimentos”; también significa “participación en la toma de decisiones que nos afectan” (en esto consiste la participación democrática o incluso la autodeterminación de los pueblos); finalmente, la libertad es también “capacidad” para realizar nuestros planes de vida, entendiendo por capacidad la posibilidad *real* de ser libres, contando con los medios necesarios para ellos (la “libertad real” a la que se refieren autores como Van Parijs).³⁹

Ahora bien, cuando se quiere ir construyendo un sistema jurídico que asegure la convivencia social pacífica, se deben ir decidiendo una serie de normas que suponen limitaciones a la libertad de los integrantes de una sociedad. Se debe decidir qué conductas deben regularse, ya sea que estén permitidas (asegurando de esa forma su potencial realización), o que estén prohibidas (evitando en consecuencia que se lleven a cabo). ¿Cómo podemos llevar a cabo esa tarea?, es decir, ¿cómo saber qué conductas debemos permitir y cuáles debemos prohibir? Esta es una de las preguntas más importantes que tuvieron que ser contestadas al momento de construir las modernas sociedades liberales.

Para el liberalismo, la autonomía de la persona entendida como valor social no puede permitir que el Estado determine cuáles son las formas de vida que merecen la pena y cuáles no.⁴⁰ Pero, ¿lo anterior significa que el Estado debe respetar *cualquier* plan de vida? Incluso los ultraliberales aceptan que el Estado puede limitar la libertad tomando en cuenta el principio de daño: somos libres para llevar a cabo una conducta siempre que esa conducta no dañe a los demás;⁴¹ el principio de daño, sin embargo, está lejos de ser claro cuando se le

³⁹ Laporta, Francisco J., “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *cit.*, p. 32.

⁴⁰ Rosenkrantz, Carlos F., “El valor de la autonomía”, *cit.*, p. 13.

⁴¹ Nino, Carlos Santiago, “La autonomía constitucional”, en VV. AA., *La autonomía personal*, *cit.*, p. 79. Nino explica la adopción en el ámbito constitucional del principio de daño como criterio rector para limitar la autonomía con las siguientes palabras: “Una Constitución tiene por fin institucionalizar la deliberación pública por medio de la cual la respectiva sociedad establece los principios morales intersubjetivos sobre la base de los cuales deben resolverse los conflictos entre sus miembros y organizarse su cooperación. Dado que la deliberación pública está basada en el valor de la autonomía él debe ser reconocido por tal Constitución. El reconocimiento debe comprender el carácter irrestricto del valor de la libre elección de ideales personales y planes de vida, lo que implica la adopción del principio de daño, según el cual una acción no puede ser interferida por el Estado o por otros individuos si no causa daño a terceros. También la Constitución debe reconocer el valor de la individualidad, que no está sujeta a grados ni, por supuesto, a ninguna propiedad empírica (raza, nacionalidad, sexo) o valorativa (religión, ideología) que no fundamente la identidad de los seres humanos y que implica que no hay razón para restringir la autonomía de un individuo en beneficio de una mayor autonomía de otro individuo. Asimismo, la posibilidad de que haya normas justificadas que hagan del consentimiento de los individuos una condición de consecuencias restrictivas de la propia autonomía debe ser reconocida por la Constitución” (*p. 79*).

quiere aplicar a un sinfín de conductas concretas, como lo demuestra la historia reciente. ¿Qué sucede cuando aplicamos el principio de daño al consumo de estupefacientes, a las relaciones sexuales o a las decisiones sobre la propia ropa? La historia nos ofrece ejemplos que cómo el principio de daño se ha aplicado de muy diferentes maneras (en muchos casos de forma claramente atentatoria de la libertad) en países democráticos.

En 1986, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó una sentencia en la que afirmaba la constitucionalidad (es decir, la corrección moral desde la óptica de la Constitución) de una ley local que sancionaba con pena de prisión las relaciones homosexuales entre varones, incluso si se celebraban de común acuerdo, en privado y entre personas mayores de edad (se trata del caso *Bowers vs. Hardwick*).⁴² Todavía en la actualidad existen leyes estatales en Estados Unidos que castigan con penas de prisión las relaciones sexuales por vía anal. En el mismo país, sin embargo, la Corte ha extendido de manera muy amplia el derecho a la intimidad (que como veremos más adelante dentro de este mismo capítulo, no está previsto en la declaración de derechos de la Constitución estadounidense) para proteger la decisión de la mujer de tomar anticonceptivos o incluso para que mujeres menores de edad pudieran realizarse una interrupción voluntaria del embarazo sin el consentimiento de los padres. Lo que ponen de manifiesto ambos extremos, es la gran dificultad para proceder a la regulación de la libertad y la variabilidad que el ámbito de la autonomía personal puede tener, incluso dentro de un mismo país.

Para algunos autores, la tarea del sistema constitucional de derechos fundamentales es, en términos generales y siguiendo con la argumentación de los párrafos anteriores, proteger la libertad siempre que esa libertad no cause daño a otros, lo cual no implica que el Estado no pueda regular ciertos ámbitos que se consideran más positivos que otros. Las decisiones, como vimos en el párrafo anterior, no son fáciles en muchos casos. Ante los distintos puntos de vista que pueden existir en una sociedad plural y ante la dificultad objetiva de llegar a consensos sobre el sentido del bien, quizás lo mejor sea empezar por prohibir o desincentivar aquello que podría parecer claramente como menos valioso.

Así, por ejemplo, en la mayor parte de las sociedades desarrolladas existe un cierto consenso para proteger la libertad sexual de los menores de edad, impiéndole que accedan a material pornográfico, o también, en un sentido parecido, para proteger a adultos desprevenidos del acceso a materiales o a prácticas que pueden no ser compatibles con sus planes de vida (esto es lo que justifica la clasificación de las películas o el hecho de que los cines que proyectan pelícu-

⁴² Para una primera aproximación al caso, Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 230 y ss.

las pornográficas estén claramente identificados como tales, de forma que el espectador esté advertido del tipo de material al que va a tener acceso).⁴³ Ese mismo consenso es el que protege la autonomía de las formas de sexualidad no convencionales, que Carlos S. Nino identifica como uno de los casos difíciles en materia de autonomía personal. Para Nino, la idea de autonomía y el valor de la discusión moral incluyen

la proscripción de toda interferencia de formas de sexualidad por aberrantes que nos parezcan que no afectan la autonomía de terceras personas. El valor de la autonomía excluye precisamente la imposición perfeccionista de comportamientos sexuales exigidos por una concepción del bien diferente a la que el sujeto ha elegido libremente.⁴⁴

También existe un cierto consenso en que las actividades que científicamente se ha probado que atentan contra la salud de las personas, si no pueden ser prohibidas al menos sí que deben ser desincentivadas, al tiempo que se deben promover aquellas condiciones que mejoren nuestra salud. Por ejemplo, se acepta en todos los países democráticos que es legítimo poner impuestos —incluso muy altos— al consumo de tabaco y alcohol como una medida para desincentivar su utilización, mientras que nadie defiende que se grave la realización del ejercicio físico.⁴⁵ En un sentido parecido, casi nadie discute la pertinencia de que el Estado establezca algunas limitaciones a la libertad que pueden servir como una protección frente a nuestras eventuales incapacidades; esto es lo que justifica, por ejemplo, que el uso del cinturón de seguridad en los automóviles o del casco en las motocicletas sea obligatorio.⁴⁶ Con este tipo de medidas el Estado asume una función que algunos autores denominan “paternalista”.⁴⁷

¿Cómo se justifican las medidas “paternalistas”? Carlos S. Nino sostiene que el paternalismo puede justificarse por cuestiones de salud; en este caso, sin embargo, el propio Nino señala algunos requisitos para justificar una medida paternalista:

Estas situaciones que obstaculizan las decisiones que los individuos toman o tomarían en materia de salud justifican un paternalismo no perfeccionista si se recurre al medio más económico y eficaz para hacer efectivas tales decisiones sin imponer,

⁴³ En este sentido, Nino, Carlos Santiago, “La autonomía constitucional”, *cit.*, p. 54.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Rosenkrantz, Carlos F., “El valor de la autonomía”, *cit.*, pp. 24 y 25.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 43 y ss.

perfeccionistamente, decisiones a la luz de un ideal del bien personal. Por ejemplo, muchos de estos casos se resuelven con sólo dar *información* adecuada, sin imponer compulsivamente un curso de acción. Otras requieren que se acerquen facilidades para hacer efectiva esa decisión, de nuevo sin imponerla.⁴⁸

Otro tipo de paternalismo es el que se produce en materia familiar y educativa, para proteger a los menores de edad que todavía no pueden desarrollar sus planes de vida de forma autónoma. Para Nino, se trata de la forma más común y plausible de paternalismo, siempre y cuando esté dirigido a fomentar el máximo grado de autonomía de los menores, sin sujetar de forma completa el ejercicio de esa autonomía a una visión concreta de la misma.⁴⁹ Esta idea justifica las limitaciones que existen en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de países democráticos respecto a la capacidad de los menores de edad de ser titulares o ejercer por sí mismos algunos derechos fundamentales (limitaciones a la capacidad de celebrar contratos o impedimentos para trabajar antes de los 14 años, por ejemplo).

Una tercera forma de paternalismo justificado, de acuerdo con Nino, se produce en el ámbito laboral y económico.⁵⁰ En estos ámbitos los individuos aspiran a realizar una parte considerable de sus planes de vida, razón por la cual está justificado que los poderes públicos puedan imponer algún tipo de medidas que preserven la autonomía de las personas. Por ejemplo, estaría justificada la prohibición del trabajo forzoso; pero también tendría justificación el establecimiento de un “salario mínimo”, para no dejar a la voluntad de las partes (que normalmente, más bien, se expresa como voluntad de la parte más fuerte), la determinación por completo del salario. En la misma línea se ubicarían las regulaciones al funcionamiento del mercado para evitar que se incentiven sus tendencias “autodestructivas”,⁵¹ que podrían dar lugar a una limitación muy importante de la autonomía de grandes grupos de personas como consecuencia de la falta de acceso al mercado o de la debacle del mismo.

Una cuarta forma de paternalismo justificado se da en materia cívica, por ejemplo a través de la imposición del voto obligatorio (aunque se trata de una obligación cuyo incumplimiento en la mayoría de países no tiene una sanción). Nino justifica la imposición paternalista del voto obligatorio afirmando que

⁴⁸ *Ibidem*, p. 66.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 67-70.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 71-74.

⁵¹ Con mucho acierto, Ernesto Garzón Valdés ha caracterizado al mercado (y también, por cierto, a la democracia) como una institución que si no está sujeta a límites sí tiene tendencia al “suicidio” y termina, por tanto, “autoliquidándose”; Garzón Valdés, Ernesto, *Insti-tuciones suicidas*, México, Paidós, 2000.

puede ocurrir que una parte de la ciudadanía entre en una dinámica de interacción autofrustrante en materia de presentismo electoral, ya que cada ciudadano, sobre todo de cierto sector social —generalmente los más pobres y poco educados—, puede pensar con razón que su voto tiene sólo un impacto insignificante en un resultado favorable a sus ideas o intereses, de modo que no se compensa el esfuerzo de votar —el de enterarse de las propuestas, trasladarse al lugar del comicio, hacer cola, resistir las posibles presiones, etcétera—. Como muchos —sobre todo de ese sector— pueden pensar lo mismo, puede haber un gran ausentismo electoral, con perjuicio sobre la legitimidad del sistema político y sobre todo sobre su funcionamiento imparcial, ya que al no estar representado un sector social sus intereses e ideologías no son tomados en cuenta. El proceso puede potenciarse al advertir los partidos que hay un sector más o menos definido de la población que no concurre a votar y excluirlo, consecuentemente, de sus propuestas, con lo que se confirma la falta de interés de esos electores en el resultado de la votación. El voto obligatorio puede derivar de un paternalismo legítimo, ya que asegura que, al unirse con los votos de quienes coinciden con uno, el voto de uno es significativo.⁵²

Hay algunas cuestiones que podrían ser más discutidas; por ejemplo, la de si los poderes públicos pueden incentivar cierto tipo de manifestaciones artísticas y desincentivar otras que les parezcan menos provechosas o menos formativas para las personas. En Estados Unidos se ha producido un intenso debate por destacados teóricos del derecho sobre el papel que el Estado debe tener frente al arte.

Como veremos al estudiar cada uno de los derechos fundamentales de libertad en concreto, todo lo que se ha dicho hasta aquí resulta necesario para: *a) comprender el sentido de tales derechos, b) justificar su imposición frente a particulares, c) asegurar ámbitos vitales libres de interferencias estatales, d) potenciar la capacidad de cada persona para llevar adelante sus planes de vida*, asumiendo las conductas que le parezcan más adecuadas en cada momento de ella, y así por el estilo. Estamos, como es evidente, ante una cuestión central del derecho constitucional y ante un debate que no se puede dejar de tomar en cuenta al estudiar los derechos fundamentales. Aunque quizás no se han tratado todos los temas con la profundidad que merecen (seguramente se podría decir mucho más sobre la libertad negativa, el concepto de autonomía, la justificación de las medidas paternalistas, la distinción entre libertad y capacidad, etcétera), con lo que se ha dicho hasta aquí el lector cuenta con una plataforma mínima para tener una visión más clara de los derechos de libertad que establece la Constitución mexicana de 1917. Antes de pasar a su estudio, conviene sin embargo dedicar unos párrafos muy sumarios a los peligros que se ciernen ac-

⁵² Nino, Carlos Santiago, “La autonomía constitucional”, *cit.*, p. 77.

tualmente sobre la libertad. Una exposición general sobre el tema, que es lo que se ha intentado hacer en las páginas precedentes, estaría incompleta si no diera cuenta, aunque sea de forma sumaria, de esos peligros y amenazas.

4. *Las amenazas a la libertad*

La historia de la humanidad ha sido una constante lucha por conquistar mayores espacios de libertad, es decir, por asegurar a las personas la posibilidad de actuar sin condicionantes de ningún tipo.⁵³ No es verdad que en un idílico estado de naturaleza la libertad estuviera asegurada en los comienzos de la historia humana y que la aparición del Estado o del gobierno haya supuesto su negación más inmediata; la libertad se ha ido ganando a través de una serie de batallas en las que se han sacrificado generaciones enteras (y por las que se siguen sacrificando muchas personas en nuestros días). Como escribe Mauro Barberis: “Las sucesivas vicisitudes de la libertad natural nos advierten acerca de la oportunidad de desafiar imparcialmente cualquier mito de origen, contra cualquier pretensión según la cual la historia de la libertad ya estaría escrita en los comienzos”.⁵⁴

Tradicionalmente, los condicionantes de la libertad han sido de tres tipos:⁵⁵ un condicionante sicológico, que ha actuado sobre las ideas, los ideales y las concepciones del mundo; un condicionante generado por la posesión o no de la riqueza, es decir, la posibilidad de incidir sobre la conducta y sobre la voluntad de una persona en función de su riqueza o de su pobreza; y un condicionante generado por la coacción, es decir, la posibilidad de condicionar la conducta o la voluntad de una persona por medio del uso o de la amenaza de la fuerza.

Contra estas tres condicionantes se ha tenido que luchar durante siglos, sin que hasta la actualidad hayan sido derrotadas por completo. Contra la primera de ellas se ha luchado a través de la secularización del Estado, es decir, a través de la separación entre poder político y poder religioso; contra la segunda, a través de la promoción —por desgracia, solamente en algunos países— de mínimos vitales que aseguran a las personas un cierto bienestar económico para poder realizar sus planes de vida (se trata, para decirlo de forma simple, del conjunto de derechos sociales que se aseguran a todas las personas dentro de los modernos Estados constitucionales); contra la tercera se ha luchado a través de la ra-

⁵³ Un repaso histórico sobre el concepto de libertad puede encontrarse en Barberis, Mauro, *Libertad*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2002.

⁵⁴ *Libertad*, cit., p. 20.

⁵⁵ Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, cit., p. 133.

cionalización del poder y por medio del sometimiento a límites de su ejercicio, tanto si se tratara tanto de poder público como de poder privado.

Estamos aún muy lejos de sentirnos satisfechos con las libertades que hemos alcanzado. Su amenaza en el mundo contemporáneo se manifiesta de muchas maneras. La historia parece demostrar que las libertades no pueden considerarse ganadas para siempre y que, por tanto, habrá que luchar por ellas de forma permanente, distinguiendo en cada etapa histórica las distintas fuentes de poder que las amenazan. Esto se aplica tanto a las libertades que han ido surgiendo más recientemente en el tiempo (como las que tienen que ver con los avances tecnológicos), como a las más antiguas y tradicionales. Por lamentable que parezca, hoy en día las clásicas libertades, las más básicas, siguen estando amenazadas; es el caso de la libertad de expresión, que hoy depende en buena medida, para ser efectiva, del acceso a los medios masivos de comunicación, sometidos en su mayor parte a los dictados de los intereses económicos de sus dueños; lo mismo sucede con la libertad religiosa, expuesta al riesgo permanente de los fanatismos y a la deriva totalitarista que han tomado algunas vertientes de las religiones tradicionales como el catolicismo o el islamismo.

De lo anterior se desprende, entre otras cosas, la necesidad de desenmascarar los usos retóricos o simplemente falsos que se hacen de la libertad, distinguiendo entre la verdadera libertad y la falsa libertad que consiste en que el más fuerte (política, económica, militar o físicamente) imponga su propia voluntad. Bobbio recuerda la cruel paradoja que significó la leyenda que estaba en la entrada de los campos de concentración y exterminio nazis: “El trabajo nos hace libres”.⁵⁶

La concepción y el significado general de la libertad que se acaban de exponer tienen diversas manifestaciones dentro de la Constitución mexicana. La más inmediata es la que tiene que ver con el objeto de estudio del presente capítulo: los distintos derechos de libertad que se encuentran en el texto constitucional. Pero también incide en otros derechos que, de una u otra forma, guardan una obvia y estrecha relación con la libertad; por ejemplo el derecho a la readaptación social, el principio de legalidad en materia penal, los derechos de las personas que están sujetas a un proceso penal y así por el estilo.

De hecho, como ya se ha mencionado, los principios de igualdad y libertad tienen efectos transversales sobre el sistema de los derechos fundamentales y los abarcan a todos ellos. De ahí la importancia, entre otras razones, de tener bien claros los fundamentos conceptuales de ambos principios, que permiten entrar con mayor solidez al estudio del resto de los derechos.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 154.

II. LA PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD (ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO SEGUNDO)

El párrafo segundo del artículo 1o. constitucional establece lo siguiente: “Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes”.⁵⁷

La disposición que se acaba de transcribir tiene un valor quizá más testimonial que normativo; en épocas pasadas, como fácilmente se puede imaginar, era una previsión muy importante, pero en la actualidad tiene un campo de actuación más bien restringido. Desde luego, busca proteger uno de los derechos fundamentales más importantes de los seres humanos: la libertad.

La prohibición de la esclavitud va de la mano con la concepción kantiana del ser humano como un fin en sí mismo, que nunca puede ser utilizado como un medio para fines que le sean ajenos. El ser humano, considerado en su totalidad, no es un bien que pueda formar parte del mercado: no se puede comprar o vender una vida entera.

Así parecía entenderlo, ya desde los inicios del Estado constitucional, el artículo 18 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 24 de junio de 1793, cuyo texto dispuso: “Cualquiera puede contratar sus servicios y su tiempo, pero no puede venderse ni ser vendido; su persona no es una propiedad alienable. La ley no admite la esclavitud; no puede existir más que un compromiso de servicios y retribución entre el hombre que trabaja y el que le da empleo”.

Y lo mismo parece desprenderse de la filosofía, como queda claro en el siguiente párrafo del ensayo *On Liberty* de John S. Mill:

En éste, como en los más de los países civilizados, un compromiso por el cual una persona se vendiera, o consintiera en ser vendido, como esclavo, sería nulo y sin valor; ni la ley ni la opinión le impondrían. El fundamento de una tal limitación del poder de voluntaria disposición del individuo sobre sí mismo es evidente, y se ve con toda claridad en este caso. El motivo para no intervenir, sino en beneficio de los

⁵⁷ De forma parecida, aunque un poco más completa, el artículo 15 de la Constitución de Argentina dispone lo siguiente: “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”. Sobre el tema en la Constitución mexicana, Cienfuegos Salgado, David, “La esclavitud en México”, *Lex. Difusión y análisis*, México, núm. 97, julio de 2003, pp. 36 y ss.

demás, en los actos voluntarios de una persona, es el respeto a su libertad. Su voluntaria elección es garantía bastante de que lo que elige es deseable, o cuando menos soportable para él, y su beneficio está, en general, mejor asegurado, dejándole procurarse sus propios medios para conseguirlo. Pero vendiéndose como esclavo abdica de su libertad; abandona todo el uso futuro de ella para después de este único acto. Destruye, por consiguiente, en su propio caso, la razón que justifica el que se le permita disponer de sí mismo. Deja de ser libre; y, en adelante, su posición es tal que no admite en su favor la presunción de que permanece voluntariamente en ella. El principio de libertad no puede exigir que una persona sea libre de no ser libre. No es libertad el poder de renunciar a la libertad.

De este párrafo se desprenden cuestiones no solamente directamente relacionadas con la esclavitud, sino de orden más general en torno al tema de la universalidad e indisponibilidad de los derechos fundamentales; como ya se ha mencionado en el capítulo primero, tales derechos no serían universales si una persona pudiera renunciar a ellos (a todos o a uno de ellos) o venderlos, pues entonces no todos los sujetos serían titulares de todos los derechos.

En varias etapas de la historia la esclavitud ha sido justificada con argumentos racistas; de esta forma, se buscaba legitimar la trata de esclavos aduciendo la “natural inferioridad” de las personas de raza negra. A partir de la negación de un estatus de igualdad para negros y blancos, era más fácil presentar la coartada para defender la esclavitud, que se mantuvo vigente *formalmente* en Estados Unidos hasta mediados del siglo XIX, incluso con el visto bueno de la Suprema Corte de ese país (en la desafortunada sentencia del caso *Dred Scott*, que fue uno de los detonantes de la Guerra Civil).⁵⁸

La prohibición de la esclavitud recogida en el artículo 1o. párrafo segundo se complementa con tres disposiciones constitucionales muy importantes: la libertad de trabajo contenida en el artículo 5o. (“Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial...”); la prohibición para el Estado mexicano de extraditar a una persona que haya tenido la condición de esclavo en el país en que hubiera cometido un delito (artículo 15); y las bases de los derechos laborales recogidas en el artículo 123 (duración máxima de la jornada laboral, salario mínimo, goce de vacaciones, etcétera).

A nivel legal, la prohibición de la esclavitud se tutela mediante las previsiones de carácter penal sobre la privación de la libertad, en sus diversas modalidades.

⁵⁸ El tema del racismo, sus representaciones sociales y consecuencias han sido estudiados por Wiewiorka, Michel, *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992.

Si bien es cierto que en la actualidad la existencia de la esclavitud como institución formal es relativamente escasa en el mundo entero, su práctica se sigue dando de forma velada; siguen habiendo muchas maneras de esclavitud y de malos tratos a las personas. Las vejaciones a la dignidad humana se han vuelto más sutiles, pero siguen existiendo en buena parte del planeta, incluyendo desde luego a los países democráticos o a los incipientemente democráticos, como México. Las pésimas condiciones económicas en las que vive un porcentaje importante de la población mundial han permitido el desarrollo de nuevas formas de esclavizaje y de dependencia, construidas esta vez a nivel global.

Por ello, el nuevo empeño del constitucionalismo del siglo XXI debe ser la eliminación de la esclavitud “no formal”, a través de la potenciación de los derechos y de sus garantías, así como de la extensión de los valores y la cultura democráticos, que siguen siendo las mejores armas a favor de la dignidad y de la libertad de todos los seres humanos.

En varias declaraciones internacionales de derechos humanos también se encuentra la prohibición de la esclavitud; entre ellas puede citarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 8º se señala, en la parte que ahora interesa, que “1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie estará sometido a servidumbre. 3. A) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzado u obligatorio”.

Una de las definiciones más recientes que se han formulado de la esclavitud está contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En el artículo 7.2., inciso C, del Estatuto se define el concepto de esclavitud para efectos de la configuración de los “crímenes de lesa humanidad”, que es uno de los cuatro delitos sobre los que la Corte ejerce competencia; según el precepto mencionado, por “esclavitud” debe entenderse “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

III. LIBERTAD DE ENSEÑANZA (ARTÍCULO 3º.)

El artículo 3º. constitucional contiene la libertad de enseñanza, así como el régimen jurídico fundamental de la educación.⁵⁹

De su contenido se desprende que todo individuo, como corresponde a su carácter de derecho fundamental (y por tanto universal), tiene derecho a recibir

⁵⁹ Las sucesivas reformas que se le han hecho al artículo 3º. constitucional han sido estudiadas por Valadés, Diego, “Derecho de la educación”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. VII, pp. 787-797.

educación. La educación preescolar, primaria y secundaria son además obligatorias (se trata, por tanto, no solamente de un derecho, sino de un deber).

Del artículo 30. se desprende tanto un derecho de libertad (derecho que a su vez se puede descomponer en diversas prerrogativas como la libertad de formar centros docentes, la libertad de elegir el tipo de educación que se prefiera, la libertad de cátedra, la libre organización de las universidades a las que la ley les reconozca autonomía, etcétera), como un derecho de carácter social; este último significado del derecho a la educación será estudiado en el capítulo quinto de este libro.

Para el efecto de hacer realidad este derecho-deber, el Estado organizará el sistema educativo nacional impartiendo la educación preescolar, primaria y secundaria, además de promover las demás formas de educación, incluyendo la educación superior, apoyando la investigación científica y tecnológica, y fortaleciendo y difundiendo la cultura nacional.

La educación que imparta el Estado deberá tener ciertas características: será laica, democrática, nacional y fomentará la mejor convivencia humana, evitando la discriminación y los prejuicios.

Corresponde al Poder Ejecutivo federal determinar los planes y programas de estudio de la educación primaria, secundaria y normal, tomando en cuenta para ello los criterios de los gobiernos de las entidades federativas y de los sectores sociales involucrados en el tema (asociaciones de maestros, de padres de familia, etcétera).

La educación que imparta el Estado, no la que promueva, será gratuita, es decir, no se podrá cobrar ninguna tasa o cuota por acceder o permanecer en las escuelas preescolares, primarias y secundarias a cargo del Estado. Es importante subrayar que no se puede cobrar bajo ninguna modalidad o condición, ni exigir pagos por ningún concepto en dichas escuelas, ni siquiera bajo el disfraz de “donativos”. Si así ocurriera, por supuesto, se estaría violando la Constitución y se podría acudir al juicio de amparo o a una queja ante las diversas comisiones de derechos humanos para remediarlo.

Debido a la magnitud enorme de la tarea educativa, la Constitución dispone que las responsabilidades en dicha materia deberán estar repartidas entre la Federación, las entidades federativas y los municipios, de acuerdo con lo que establezcan las leyes que para tal efecto dicte el Congreso de la Unión (fracción VIII del artículo 30.). Lo dispuesto en el artículo 30. debe complementarse con lo que señala la fracción XXV del artículo 73, que faculta al Congreso de la Unión para dictar leyes que establezcan la concurrencia mencionada y las aportaciones económicas que correspondan al servicio público educativo.

Dichas leyes deberán tender a la unificación y coordinación de la educación en toda la República.

La propia fracción XXV del artículo 73 y la fracción V del artículo 121 señalan que los títulos profesionales expedidos por las autoridades de una entidad federativa tendrán plena validez en las demás. A los títulos profesionales hace también referencia el párrafo segundo del artículo 5o. constitucional.⁶⁰

El derecho a la educación está reconocido también en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos; por ejemplo, en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En cuanto a las finalidades de la educación, debe atenderse, además de lo dispuesto por el artículo 3o. que se comenta, a lo establecido por el 29 de la Convención de los Derechos del Niño, cuyo texto se transcribe más adelante.

1. *La autonomía universitaria*

La fracción VII del artículo 3o. recoge la importante institución de la autonomía universitaria, de la que gozarán aquellas universidades a las que así se les reconozca por ley.⁶¹ Dicha autonomía comprende la posibilidad de determinar sin injerencias externas los planes y programas de estudio, fijar los términos de ingreso, permanencia y promoción de su personal académico, así como administrar su patrimonio (lo que incluye la eventual determinación de cuotas a cargo de los estudiantes). Todo ello se deberá realizar siempre respetando la libertad de cátedra e investigación, y el libre examen y discusión de las ideas.

La autonomía universitaria, pese a que está ubicada dentro del capítulo de la Constitución relativo a los derechos fundamentales, no es —obviamente— un derecho fundamental, sino más bien una garantía institucional que el legislador puede desarrollar o no, pero que al hacerlo se instituye como un límite a la actuación de las autoridades administrativas, las cuales no podrán intervenir en forma alguna para vulnerarla. Se podría afirmar, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional español, que la autonomía universitaria es la vertiente institucional y colectiva de la libertad de cátedra (sentencia 26/1987); entre ellas existe una relación estrecha que sirve para dar contenido preciso y robustecer el derecho a la educación: sin libertad de cátedra (es decir, libertad individual de cada uno de los docentes dentro de una universidad) no tiene ningún sentido la autonomía universitaria; pero, en sentido inverso, si la institución en la que se enseña o investiga no tiene autonomía no servirá de mucho la libertad

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 814 y ss.

⁶¹ Sobre la autonomía universitaria, *ibidem*, pp. 841 y ss.

de cada uno de sus miembros, pues en última instancia estará sujeta a lo que determinen algunas instancias extrauniversitarias.

Sobre la autonomía universitaria existen en México algunas tesis jurisprudenciales, orientadas a señalar que dicha autonomía no exime a las autoridades universitarias de cumplir con los mandatos constitucionales, puesto que los derechos fundamentales también tienen vigencia en tales instituciones sin desmedro del ejercicio autónomo de las funciones para las que fueron creadas. Sobre este punto se puede citar el siguiente criterio:

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. LA AUTONOMÍA DE QUE GOZA NO LA EXCLUYE DE LA APLICACIÓN DE LAS LEYES QUE CONFORMAN EL ESTADO DE DERECHO. La autonomía de que goza la Universidad Nacional Autónoma de México significa que queda en libertad de nombrar a sus autoridades, elaborar sus planes y programas dentro de los principios de libertad de cátedra e investigación, así como administrar su patrimonio sin la injerencia del Estado, pero tal albedrío no puede extenderse al grado de suponer que la institución no está sujeta al régimen jurídico del país, es decir, que pueda conducirse con absoluta independencia, ya que ello podría provocar anarquía y arbitrariedad; por lo que si entre la diversidad de actos emitidos por los funcionarios universitarios se encuentran aquellos que reúnen los atributos esenciales del proceder autoritario, como la unilateralidad, imperatividad y coercitividad, que se traducen en la posibilidad de actuar sin el consenso de los particulares y aun en contra de su voluntad imponer sus determinaciones, dichos actos son susceptibles de ser analizados a través del juicio de amparo, y la sentencia que se pronuncie, cualquiera que sea su sentido, dejará intocada la autonomía de la Universidad, ya que obviamente podrá continuar ejerciendo la libertad de autodirigirse, con la única salvedad de que como ente integrante de nuestra sociedad deberá respetar los derechos constitucionales que rigen en nuestro país; consecuentemente, los actos de la Universidad Nacional Autónoma de México que ostentan las cualidades para considerarlos como actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, pueden ser examinados a través de éste, sin perjuicio de la autonomía de que goza tal institución. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, febrero de 1997, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis I. 4º.A. 194 A, p. 809.

Como se ha mencionado, la autonomía universitaria significa que las universidades pueden determinar sus prioridades de desarrollo sin que intervengan otras autoridades y, en esa virtud, es natural que puedan asignar los recursos suficientes para hacer realidad esas prioridades; ahora bien, la autonomía para definir metas y objetivos no significa que las universidades estén exentas de la verificación que la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación puede hacer de todos los recursos públicos, en términos de lo dispuesto por el

artículo 79 constitucional. Al respecto, es importante citar la siguiente tesis jurisprudencial:

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. NO SE VIOLA POR LA VERIFICACIÓN QUE HAGA LA ENTIDAD DE FISCALIZACIÓN SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN (ANTES CONTADURÍA MAYOR DE HACIENDA) DE LOS SUBSIDIOS FEDERALES QUE SE OTORGAN A LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. El artículo 3o., fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el principio de autonomía universitaria como la facultad y la responsabilidad de las universidades de gobernarse a sí mismas, de realizar sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios consignados en el propio precepto, con libertad de cátedra e investigación y de examen y discusión de las ideas, de formular sus planes de estudio y de adoptar sus programas, así como de fijar los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico y de administración de su patrimonio, pero dicho principio no impide la fiscalización, por parte de dicha entidad, de los subsidios federales que se otorguen a las universidades públicas para su funcionamiento y el cumplimiento de sus fines, porque tal revisión no significa intromisión a su libertad de autogobierno y autoadministración sino la verificación de que efectivamente las aportaciones económicas que reciben del pueblo se destinaron para los fines a que fueron otorgadas y sin que se hubiera hecho un uso inadecuado o incurrido en desvío de los fondos relativos. La anterior conclusión deriva, por una parte, de la voluntad del órgano reformador expresada en el proceso legislativo que dio origen a la consagración, a nivel constitucional, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el nueve de junio de mil novecientos ochenta, tanto del principio de autonomía universitaria, como de la responsabilidad de las universidades en el cumplimiento de sus fines ante sus comunidades y el Estado, su ejecución a la ley y la obligación de rendir cuentas al pueblo y justificar el uso correcto de los subsidios que se les otorgan. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, octubre de 2002, tesis 2a. CXXI/2002, p. 396.

Otras tesis importantes sobre el tema de la autonomía universitaria son las que siguen:

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. ORIGEN Y ALCANCE DE LAS ATRIBUCIONES DE AUTOGOBIERNO CONFERIDAS A LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. La autonomía de las universidades públicas es una atribución de autogobierno que tiene su origen en un acto formal y materialmente legislativo proveniente del Congreso de la Unión o de las legislaturas locales, a través del cual se les confiere independencia académica y patrimonial para determinar, sujetándose a lo dispuesto en la Constitución General de la República y en las leyes respectivas, los términos y condiciones en que desarrollarán los servicios educativos que decidan prestar, los requisitos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico y la forma en que administrarán su

patrimonio; por tanto, la capacidad de decisión que conlleva esa autonomía está supeditada a los principios constitucionales que rigen la actuación de cualquier órgano del Estado y, en el ámbito de las actividades específicas para las cuales les es conferida, único en el que puede desarrollarse aquélla, deben sujetarse a los principios que la propia norma fundamental establece tratándose de la educación que imparta el Estado. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, abril de 2002, tesis 2a. XXXVI/2002, p. 576.

LEGISLACIÓN UNIVERSITARIA. LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE OBSERVANCIA GENERAL QUE LA INTEGRAN SON PARTE DEL ORDEN JURÍDICO NACIONAL. Con el fin de que las universidades públicas logren el pleno desarrollo de su autonomía, tanto el legislador federal como las legislaturas locales tienen facultad para habilitar a determinados órganos de tales instituciones para emitir disposiciones administrativas de observancia general que, en complemento y al tenor de lo dispuesto en la Constitución General de la República y de las leyes respectivas, normen los términos y condiciones en que desarrollarán los servicios educativos que decidan prestar, los requisitos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico y la forma en que administrarán su patrimonio, es decir, regulan el funcionamiento interno de dichas instituciones y establecen derechos y obligaciones que han de regir las relaciones con los servidores públicos que encarnan los órganos que las componen y con los gobernados con los que entablan relaciones jurídicas de diversa índole; no obstante, tales disposiciones administrativas están sujetas al principio de preferencia o primacía de la ley, por lo que la regulación contenida en ellas no puede derogar, limitar o excluir lo dispuesto en un acto formalmente legislativo. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, abril de 2002, tesis 2a. XXXVII/2002, p. 587.

UNIVERSIDADES PÚBLICAS AUTÓNOMAS. LA DETERMINACIÓN MEDIANTE LA CUAL DESINCORPORAN DE LA ESFERA JURÍDICA DE UN GOBERNADO LOS DERECHOS QUE LE ASISTÍAN AL UBICARSE EN LA SITUACIÓN JURÍDICA DE ALUMNO, CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD IMPUGNABLE A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO. Las universidades públicas autónomas son organismos descentralizados que forman parte de la administración pública y, por ende, integran la entidad política a la que pertenecen, esto es, la Federación o la correspondiente entidad federativa; además, se encuentran dotadas legalmente de autonomía, en términos del artículo 3o., fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que gozan de independencia para determinar por sí solas, supeditadas a los principios constitucionales que rigen la actuación de cualquier órgano del Estado, los términos y condiciones en que desarrollarán los servicios educativos que presten, los requisitos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico y la forma en que administrarán su patrimonio, destacando que en la ley en la que se les otorga la referida autonomía, con el fin de que puedan ejercerla plenamente, se les habilita para

emitir disposiciones administrativas de observancia general. En ese tenor, una vez que un gobernado cumple con los requisitos que le permiten adquirir la categoría de alumno previstos en las respectivas disposiciones legislativas y administrativas, incorpora en su esfera jurídica un conjunto específico de derechos y obligaciones, por lo que la determinación mediante la cual una universidad pública autónoma lo expulsa, o por tiempo indefinido le impide continuar disfrutando de dicha situación jurídica, constituye un acto de autoridad impugnable a través del juicio de amparo, ya que se traduce en el ejercicio de una potestad administrativa, expresión de una relación de supra a subordinación, que tiene su origen en una disposición integrada al orden jurídico nacional y que implica un acto unilateral, lo cual hace innecesario acudir a los tribunales ordinarios para que surtan efectos las consecuencias jurídicas impuestas por el órgano decisor sin el consenso del afectado. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, marzo de 2002, tesis 2a./J. 12/2002, p. 320.

AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. NO LO SON LOS FUNCIONARIOS DE UNA UNIVERSIDAD CUANDO EL ACTO QUE SE LES ATRIBUYE DERIVA DE UNA RELACIÓN LABORAL. Los funcionarios de los organismos públicos descentralizados, en su actuación, con independencia de la disposición directa que llegaren a tener o no de la fuerza pública, con fundamento en una norma legal, pueden emitir actos unilaterales a través de los cuales crean, modifican o extinguen por sí o ante sí situaciones jurídicas que afecten la esfera legal de los gobernados; esto es, ejercen facultades decisorias que les están atribuidas en la ley y que por ende constituyen una potestad administrativa cuyo ejercicio es irrenunciable y que por tanto se traducen en verdaderos actos de autoridad al ser de naturaleza pública la fuente de tal potestad, por ello, el juzgador de amparo, a fin de establecer si a quien se atribuye el acto es autoridad para efectos del juicio de garantías, debe atender a la norma legal y examinar si lo faculta o no para tomar decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente la esfera jurídica del interesado, y que deben exigirse mediante el uso de la fuerza pública o bien a través de otras autoridades. Así, las universidades, como organismos descentralizados, son entes públicos que forman parte de la administración pública y por ende del Estado, y si bien presentan una autonomía especial, que implica autonormación y autogobierno, tal circunstancia tiende a la necesidad de lograr mayor eficacia en la prestación del servicio que les está atribuido y que se fundamenta en la libertad de enseñanza, pero no implica de manera alguna su disgregación de la estructura estatal, ya que se ejerce en un marco de principios y reglas predeterminadas por el propio Estado, y restringida a sus fines, por lo que no se constituye como un obstáculo que impida el ejercicio de las potestades constitucionales y legales de éste para asegurar el regular y eficaz funcionamiento del servicio de enseñanza. Por ello, para analizar si los funcionarios de dichos entes, con fundamento en una ley de origen público ejercen o no un poder jurídico que afecte por sí o ante sí y de manera unilateral la esfera jurídica de los particulares, con independen-

cia de que puedan o no hacer uso de la fuerza pública, debe atenderse al caso concreto. En el que se examina, ha de considerarse que la universidad señalada por el quejoso como responsable, al negar el otorgamiento y disfrute del año sabático a uno de sus empleados académicos, actuó con el carácter de patrón en el ámbito del derecho laboral que rige las relaciones de esa institución con su personal académico, dentro del marco constitucional previsto en la fracción VII del artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por ello en este caso no resulta ser autoridad para efectos del juicio de amparo, lo que desde luego no implica que en otros supuestos, atendiendo a la naturaleza de los actos emitidos, sí pueda tener tal carácter. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, febrero de 1997, tesis P. XXVIII/97, p. 119.

LEY ADUANERA. SU ARTÍCULO 36 NO VIOLA LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. El artículo 3o. constitucional, fracción VIII, si bien preserva la autonomía universitaria, no dispone que las universidades autónomas estén exentas de los impuestos al comercio exterior previstos por la Ley Aduanera. La autonomía universitaria se traduce en el autogobierno; es decir, la Constitución otorga a las universidades autónomas la facultad de gobernarse a sí mismas, lo que implica que, sin ninguna intervención ajena, pueden, principalmente, establecer sus planes y programas; determinar los requisitos de ingreso, promoción y permanencia tanto de su personal académico como de los alumnos, así como administrar su patrimonio, todo ello a fin de que estén en la posibilidad de desarrollar su función de educar, investigar y difundir la cultura. Pero, desde luego, el precepto constitucional que se examina no contempla exenciones de impuestos, pues del hecho de que las universidades autónomas tengan facultad para administrar su patrimonio no se deduce que también gocen de dicha franquicia. Por tanto, el artículo 36 de la Ley Aduanera, al establecer que las entidades de la administración pública paraestatal deben pagar los impuestos al comercio exterior, no obstante que conforme a otras leyes estén exentas, no viola la autonomía universitaria ni el régimen jurídico especial que se prevé en el artículo 3o., fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que el legislador ordinario en forma alguna pretende inmiscuirse en los asuntos internos de las universidades autónomas, ni intervenir en su gobierno o en la administración de su patrimonio, pues se limitó a legislar, dentro de sus facultades constitucionales, sobre el comercio exterior. Séptima época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 193-198, primera parte, p. 118.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA, NATURALEZA FISCAL DE LA. EXENCIÓN DE IMPUESTOS Y RÉGIMEN DE NO SUJECIÓN A RELACIÓN TRIBUTARIA. SUS DIFERENCIAS. En atención a lo que establece la fracción IV del artículo 31 constitucional, es obligación de los mexicanos contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como de los estados y municipios en que residan, de la manera proporcional y equitativa que determinan las leyes. A la vez, el artículo primero del Código

Fiscal Federal, reitera igualmente, que todas las personas físicas y morales están obligadas a contribuir para los gastos públicos, conforme a las leyes fiscales respectivas. Con base en las prescripciones expuestas, al coincidir la situación jurídica particular de un individuo con la hipótesis general y abstracta contenida en una ley de carácter impositivo, surgen de inmediato entre él y el Estado relaciones de índole tributaria, es decir, al subsumirse la actividad de un gobernado en la previsión general y abstracta detallada en un ordenamiento de carácter fiscal, nace una relación jurídica tributaria que lo liga con el Estado. Ahora bien, no toda relación jurídica tributaria genera un crédito fiscal a cargo del sujeto pasivo y exigible por la autoridad exactora, pues el propio legislador, ya en la ley del tributo o en otras disposiciones, puede crear mecanismos de excepción a dicha obligación tributaria. Uno de esos mecanismos es la exención. La exención de un gravamen es aquella figura jurídica tributaria por virtud de la cual, conservándose los elementos de la relación jurídica tributaria (sujetos, objeto, cuota, tasa o tarifa) se eliminan de la regla general de causación, ciertos hechos o sujetos imponibles, por razones de equidad, conveniencia o política económica. Esta figura de excepción se constituye como una situación de privilegio que debe estar expresamente señalada por la ley, su existencia no se deduce; su interpretación es estricta, es decir, exactamente en los términos en que se encuentra redactada; su aplicación es siempre a futuro, es temporal y subsiste hasta en tanto no se modifique o derogue la disposición que la contiene. Distinta de la figura de la exención se encuentra aquella que la doctrina nacional denomina de no sujeción a la relación tributaria, pues esta última supone que, por virtud de una determinación expresa del legislador, se sustrae de la relación jurídica tributaria alguno de los elementos que la componen. Difiere de la exención pues mientras aquella figura hace desaparecer a la relación jurídica tributaria al privarla de uno de sus elementos esenciales, ésta crea un régimen de excepción con independencia de la relación tributaria de la cual ha emanado, es decir, la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo que surge al momento de verificarce fácticamente el supuesto hipotético general de la ley en un caso concreto sigue existiendo, mas, por disposición expresa del propio legislador, el entero no se verifica pues se está exento de pago, no habrá crédito fiscal que exigir del causante ya que, aunque se han dado los supuestos legales de generación, otra figura jurídica exime su pago. Por su lado, la no sujeción de relación tributaria no supone la existencia de la relación vinculante, pues tal relación tributaria no puede existir ya que jurídicamente ha sido retirado uno de los elementos que la componen. Tal es la naturaleza fiscal de la Universidad Autónoma Metropolitana al disponer el artículo quinto de la Ley Orgánica que la creó, que sus ingresos y bienes no estarán sujetos a impuestos o derechos federales, locales o municipales..., Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, amparo directo 613/98, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, segunda parte-2, enero a junio de 1998, t. I, p. 753.

UNIVERSIDADES E INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR. LA RESOLUCIÓN QUE EMITAN EN EL SENTIDO DE EXPULSAR A UN ALUMNO QUE INFRINGIÓ LA NORMATIVA

APLICABLE, NO VIOLA EL DERECHO A LA EDUCACIÓN. De lo dispuesto en el artículo 3o., fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que las universidades e instituciones de educación superior tienen una autonomía normativa y orgánica plena, lo que les permite expedir su propia legislación e instituir sus propios órganos de gobierno. Ahora bien, si un gobernado infringe la normativa establecida por aquellos órganos, instruyéndose un procedimiento administrativo que culmina con su expulsión como alumno, dicha resolución no puede considerarse como violatoria del derecho a la educación consagrado en el artículo 3o. de la propia Constitución federal, ya que éste en ningún momento establece que las universidades e instituciones de educación superior no puedan expulsar a los alumnos que hayan infringido el marco legal aplicable. Clave 1a., núm. XIII/2003, amparo en revisión 337/2001. Alejandro Echavarría Zarco. 30 de enero de 2002. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: José de Jesús Bañales Sánchez.

En un criterio interpretativo muy interesante a la vista de los debates que se han dado en varias universidades públicas del país en los últimos años, la Suprema Corte ha señalado que la Constitución no autoriza a inscribirse a las universidades autónomas sin realizar pago alguno; es decir, la Corte ha entendido —correctamente desde mi punto de vista— que la interpretación conjunta de las fracciones IV y V del artículo 3o. permite deducir que la primera se aplica a la educación que imparte el Estado (la cual, de acuerdo con esa fracción, debe ser gratuita, como ya se ha mencionado) y que la fracción V, así como la VII son las que regulan la educación que el Estado “promueve y atiende”. El texto de la tesis aludida es el siguiente:

UNIVERSIDADES AUTÓNOMAS. NO EXISTE NORMA CONSTITUCIONAL QUE ESTABLEZCA EL DERECHO DE INSCRIBIRSE A ELLAS SIN PAGO ALGUNO. Para que proceda el juicio de amparo es indispensable la demostración de que se tiene interés jurídico, por el que no puede entenderse cualquier interés de una persona o de un grupo, sino sólo aquel que se encuentra legítimamente protegido, o sea que está salvaguardado por una norma jurídica; conforme a estas ideas, si se impugna una ley de constitucionalidad, debe existir como presupuesto previo para que el juicio proceda, que el derecho que se estima vulnerado por esa ley se encuentre salvaguardado por la propia Constitución. Ahora bien, si se reclama la Ley Orgánica de una universidad autónoma, en cuanto en algunos de sus preceptos se establecen cuotas de inscripción y colegiaturas, para que una persona pueda ingresar a ella y seguir los cursos correspondientes, sería indispensable que en el propio texto fundamental se garantizara el derecho de todo gobernado a realizar en forma gratuita estudios universitarios, lo que no ocurre en nuestro sistema jurídico, pues en ninguno de los preceptos constitucionales se establece esa prerrogativa. El artículo 3o. que regula el sistema educativo nacional, en el texto anterior al vigente, coincidente en esencia del actual, prevenía en su frac-

ción VII (actualmente IV), que toda la educación que imparta el Estado será gratuita, hipótesis diversa a la contemplada en la entonces fracción VIII (actualmente VII), que señalaba las bases de la educación en las universidades y demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, respecto de las cuales determina, entre otras reglas, “que tendrán la facultad de gobernarse a sí mismas, establecerán sus planes y programas y administrarán su patrimonio”, con lo que se advierte que resultan ajenas a la hipótesis de la fracción anterior, que se circunscribe a los establecimientos educativos que de modo directo maneja el Estado a través de la dependencia gubernamental que tiene esa función dentro de sus atribuciones. Por consiguiente, carecen de interés jurídico para promover el juicio de amparo en contra de una ley como la que se alude, las personas que se consideran afectadas porque estiman tener la prerrogativa constitucional de no debéreles cobrar ninguna cuota por las universidades autónomas. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, junio de 1994, octava época, tercera sala, tesis 3a. XXXI/94, p. 248.

2. La libertad de cátedra

Ya hemos señalado que la autonomía universitaria, que es una cualidad de orden colectivo y no un derecho fundamental sino una garantía institucional, se corresponde con la cualidad individual de cada uno de sus miembros docentes que es la libertad de cátedra, que sí es un derecho fundamental, puesto que como tal está previsto en la fracción VII del artículo 3o. constitucional, que la menciona dentro del régimen educativo constitucional de las “universidades y demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía”. La libertad de cátedra aparece en esa fracción junto con la libertad de investigación y de libre examen y discusión de las ideas.

Puesto que en el texto constitucional aparece solamente mencionada, sin que del propio texto se pueda desprender inmediatamente su contenido, conviene hacer algunas reflexiones que puedan servir de pauta para su mejor entendimiento.

Una primera cuestión que habrá que dilucidar es a qué ámbitos educativos resulta aplicable la libertad de cátedra. Una interpretación puramente literal de la Constitución podría permitir llegar a la conclusión de que, al estar prevista en la fracción VII del artículo 3o., dicha libertad se establece solamente en favor de los docentes universitarios. Me parece, sin embargo, que se debe realizar una argumentación más compleja. A partir de los postulados generales que sobre la enseñanza establece el propio artículo 3o., se puede deducir que la libertad de cátedra protege a todos los docentes, cualquiera que sea el nivel educativo en el que se desempeñen; en efecto, la fracción II del artículo 3o. señala que la educación pública “se basará en los resultados del progreso científico,

luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios”, además de que será democrática, nacional y contribuirá a la mejor convivencia humana. Tales postulados justifican, desde mi punto de vista, que la libertad de cátedra sea considerada un derecho de todos los docentes.

Lo que sucede, sin embargo, es que el alcance de esa libertad será menor para quienes enseñen en los niveles primarios y mayor para quienes enseñen en los niveles superiores (universitarios y de posgrado). Dicha amplitud viene dada por el tipo de conocimiento que se transmite y por la función que el docente desempeña en cada nivel respecto al educando; en este sentido, la educación básica tiende a la formación inicial de los menores y por tanto la enseñanza debe ceñirse de manera importante a los programas de estudio aprobados por la autoridad competente; todo lo contrario sucede en la enseñanza universitaria y en particular en la de posgrado, en donde se considera justamente como un mérito del docente su capacidad de ofrecer teorías no siempre convencionales de la realidad, que contribuyan al avance del conocimiento y que no se limiten a reproducir lo que otros han dicho con anterioridad.⁶²

En segundo lugar, hay que señalar que la libertad de cátedra protege la transmisión de conocimientos, pero no ampara las iniciativas docentes que no guarden relación con ese objetivo. Es decir, bajo la libertad de cátedra no puede protegerse el ausentismo laboral, o que el profesor se dedique a insultar a los alumnos o, en fin, que se difundan en clase teorías que atenten contra la dignidad humana (por ejemplo defendiendo con argumentos supuestamente científicos la inferioridad biológica de la mujer, la incompetencia intelectual de los miembros de una determinada raza o la legitimidad de la tortura aplicada en contra “los subversivos”. Ninguno de estos supuestos es imaginario, dicho sea de paso; todos ellos han sido discutidos en distintas comunidades académicas en los últimos años, justamente para precisar los límites de la libertad de cátedra).

Desde luego, cuando un profesor o un investigador obtienen una plaza académica mediante cuyo otorgamiento se está reconociendo su capacidad científica, se produce una presunción muy fuerte en favor de su responsabilidad en las tareas científicas y docentes. Esto significa que si una persona supera los mecanismos de selección que existen en toda institución académica, es porque se supone que reúne las características necesarias (incluyendo las de orden cognoscitivo, rigor académico y capacidad de transmisión de conocimientos) para desempeñar correctamente su función. Si en algún caso no se verificaran *a posteriori* esos requisitos lo más probable es que se tengan que revisar los me-

⁶² Sobre la aplicación de esta idea a la enseñanza en materia jurídica, *cfr.* Carbonell, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México, UNAM, Porrúa, 2004.

canismos de selección de futuros profesores. Solamente en casos extremos se podría legitimar una remoción del docente con base en su mal comportamiento académico.

Lo que protege la libertad de cátedra es el proceso de enseñanza, de la misma forma que la libertad de investigación protege el proceso por medio del cual se realiza la tarea investigadora. La enseñanza como bien jurídico protegido por la libertad de cátedra debe entenderse en sentido amplio, esto es, su contenido abarca tanto la impartición de clases eligiendo el método y los contenidos más adecuados (ya hemos dicho que esa elección de método y contenidos es restringida en la educación básica y amplia en la educación universitaria), como la expresión pública por parte del docente de opiniones científicas, incluso fuera de la clase y de la escuela.⁶³

Siguiendo a Carlos Vidal Prado podemos decir que la libertad de cátedra puede ser definida a partir de un contenido positivo y de un contenido negativo.

Como elementos del contenido positivo de la libertad de cátedra se pueden mencionar los siguientes:⁶⁴

a) La libre elección de objeto, forma, método y contenido, frente a cualquier injerencia externa. Esto supone la elección del programa, la bibliografía adecuada, la importancia que se da en clase a cada tema, etcétera.

b) El derecho a expresar opiniones doctrinales científicas, lo cual comprende tanto la presentación sin restricciones de las propias convicciones científicas o de los propios resultados de investigación, como el derecho a criticar las opiniones científicas y los resultados de investigación de otros.

c) La libre evaluación de los resultados obtenidos por los alumnos.

d) La obligación —de carácter prestacional— del Estado de proveer los elementos materiales para que la docencia y la investigación puedan ser llevadas a cabo, lo cual supone el suministro de los medios personales, financieros y organizativos necesarios.⁶⁵

El contenido negativo de la libertad de cátedra consiste en el derecho que tienen el docente y el investigador de resistir injerencias externas en los ámbitos de su propia autonomía, es decir, el derecho a verse libres de recibir instruc-

⁶³ Sobre este punto, Vidal Prado, Carlos, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Madrid, CEPC, 2001, p. 53.

⁶⁴ Sigo en lo fundamental la exposición de Vidal Prado, Carlos, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, cit., pp. 54 y 55.

⁶⁵ En esto se concreta, en buena medida, el carácter de derecho social del derecho a la educación; sobre este carácter nos detendremos en el capítulo quinto *infra*.

ciones oficiales que se refieran al modo de realizar la docencia o sobre el contenido de la misma.⁶⁶

La libertad de cátedra e investigación no impide que el Estado, por medio de la autoridad competente, desarrolle tareas de inspección y control, tanto sobre las instituciones públicas como sobre las privadas que se dediquen a la enseñanza. Como ya se ha dicho, la libertad de cátedra es libertad para enseñar, pero no libertad para hacer lo que cada uno quiera: no para desviar recursos, no para faltar a clases, no para desahogar las propias frustraciones, etcétera.

La libertad de cátedra puede hacerse valer no solamente frente a los poderes públicos, sino también frente a los particulares en el caso de la enseñanza privada.

3. La educación y los derechos fundamentales

La educación es un requisito básico para el buen ejercicio de otros derechos fundamentales; la ONU ha señalado que:

Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues disponer de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana [Observación General núm. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, 21o. periodo de sesiones, 1999, párrafo 1].⁶⁷

⁶⁶ Vidal Prado, Carlos, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, cit., p. 55.

⁶⁷ Hay otra observación general del mismo Comité de la ONU que puede ser interesante para el tema que nos ocupa; se trata de la Observación General núm. 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14), 20o. periodo de sesiones, 1999. También tiene interés la Observación General núm. 1. Propósitos de la educación, 26o. periodo de sesiones, 2001, adoptada por el Comité de los Derechos del Niño. Todas las Observaciones Generales a las que se ha hecho referencia pueden consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2003, t. I, *passim*. La cita transcrita se encuentra en las pp. 573 y 574.

En relación con lo señalado en el párrafo anterior, considero importante añadir unas reflexiones de carácter general sobre la educación y los derechos fundamentales antes de terminar este apartado.

La educación en el sentido de preparación técnica es necesaria para conseguir un trabajo de calidad, que permita a los individuos generar los recursos necesarios para disfrutar de los bienes económicos indispensables: mayor educación y mejor trabajo es un binomio que se encuentra generalmente acreditado en todos los países desarrollados.

La educación es necesaria para ejercer plenamente los derechos políticos. Un voto poco informado es un voto fácilmente manipulable. Un votante que no alcanza a percibir la importancia de ese pequeño ejercicio que consiste en asistir un día cada tres, cuatro o seis años a la casilla electoral y marcar con total libertad el signo del partido de su preferencia, es un votante cuya voluntad puede ser comprada o intercambiada por bienes de primera necesidad: por una comida, por un sombrero, por un refresco o por un saco de cemento. La historia electoral reciente de México puede aportar diversos y variopintos ejemplos sobre este punto.

También la educación sirve para ver en los demás a alguien como nosotros mismos, sin importar que tengan otro color de piel, que profesen otra religión, que hablen otro idioma o que se vistan de otra forma. La ignorancia ha producido las más severas discriminaciones del siglo XX. Los postulados de la raza superior y pura, de la connatural subalteridad de las mujeres, de los homosexuales como enfermos pervertidos, del estado pecaminoso de todos los que conviven y tienen hijos fuera del matrimonio, etcétera, encuentran suelo fértil en sociedades donde el oscurantismo es una regla y la manipulación una forma de hacer política.

Quizá un precepto que refleja parte de lo anterior es el párrafo primero del artículo 29 de la Convención sobre los derechos del niño, que establece lo siguiente:⁶⁸

Artículo 29.1. Los Estados partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

⁶⁸ Para la interpretación de este artículo, *cfr.* Observación General núm. 1. Propósitos de la educación, 260. periodo de sesiones, 2001, adoptada por el Comité de los Derechos del Niño, ya mencionada.

- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

Pero frente a todo esto no deja de ser sorprendente que los gobiernos de muchos países que se dicen democráticos o que se encuentran en procesos de transición a la democracia, demuestren tan poco aprecio por la educación. Al menos en América Latina —pero no solamente allí— los procesos de ajuste estructural de los años ochenta y la instalación si no de un “Estado mínimo” como preconizaba el primer neoliberalismo, sí de un Estado “precario”, han llevado una brutal ofensiva en contra de la educación pública. Quizá incluso desde un poco antes, si se atiende a los procesos degenerativos que se observan en muchos centros universitarios desde finales de los años sesenta.

En la medida en que un país no invierta en lo que se ha llamado —con no muy buen tino, por cierto— el “capital humano”, se quedará rezagado de los procesos de desarrollo. La “sociedad de la información” está requiriendo mujeres y hombres que tengan algo más que una comprensión básica de la vida y de su entorno. En la educación se juegan el futuro muchas naciones, México entre ellas. Para el tema de los derechos humanos la educación —además de ser en sí misma un derecho— es un arma muy potente y muy necesaria, indispensable por muchos y muy variados motivos.

El proyecto cosmopolita que pretende hacer universales en la práctica los derechos fundamentales, necesita de una educación igualmente cosmopolita que le sirva como sustrato cultural de actuación. Para lograrlo es necesario crear un modelo educativo que supere la visión de lo que para Rousseau debía de llegar a ser un polaco a los veinte años. En sus *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia* Rousseau escribía:⁶⁹

A los veinte años, un polaco no debe ser un hombre: debe ser un polaco. Quiero que al aprender a leer lea cosas de su país; que a los diez años conozca todos sus productos, a los doce todas sus provincias, todos los caminos, todas las ciudades; que a los quince sepa toda la historia, a los diecisésis todas las leyes: que no haya habido en to-

⁶⁹ La frase ha sido recordada por Vallespín, Fernando, “Cosmopolitismo político y sociedad multicultural”, en Valencia, Ángel (coord.), *Participación y representación en las sociedades multiculturales*, Málaga, Universidad de Málaga, 1998, p. 42.

da Polonia una bella acción ni un hombre ilustre del que no tenga llena la memoria y el corazón, y del que no pueda dar cuenta al instante.

Aparte de todo esto, que seguramente no es poco, el modelo cosmopolita exigiría conocer también las cosas que suceden más allá de las propias fronteras... al menos para que los polacos pudieran salir de Polonia si así lo desearan.

Sobre el derecho a la educación como derecho social se abunda en el capítulo quinto de este libro.

IV. LIBERTAD DE PROCREACIÓN (ARTÍCULO 4o.)

El segundo párrafo del artículo 4o. contiene no un principio, como lo puede ser el de la composición multicultural del Estado mexicano, ni un mandato al legislador, como los recogidos en el párrafo primero del mismo artículo 4o., o en el párrafo tercero del artículo 1o., sino un derecho de libertad: la libertad que corresponde a todo individuo de decidir, “de manera libre, responsable e informada”, sobre el número de hijos que quiera tener y sobre el espaciamiento entre ellos, en el caso de que decida tener más de uno.

El derecho individual del párrafo mencionado comporta la posibilidad de tener o no descendencia. Las modalidades para tomar tal decisión son la libertad, la responsabilidad y la información. Con respecto a ésta última, el Estado tiene una obligación fundamental: proporcionar información acerca de los métodos anticonceptivos necesarios para que sea efectiva también la libertad de *no* tener descendencia, o de tenerla de acuerdo con la voluntad de quien quiera ejercer ese derecho.

En general, corresponde también al Estado cuidar que este derecho sea ejercido a plenitud, lo cual implica que se establezcan las medidas legislativas y las políticas públicas necesarias para ejercer una paternidad y una maternidad responsables y libres.

Una de las formas de tutela de la libertad reproductiva es de carácter penal y se compone de un doble género de disposiciones: por una parte, la legislación penal debe proteger como bien jurídico la libertad sexual, prohibiendo toda relación de ese tipo que se lleve a cabo por la fuerza (incluyendo, por supuesto, las que se produzcan dentro del matrimonio o del concubinato sin el consentimiento de uno de los cónyuges); por otro lado, la legislación penal no debe castigar a las mujeres que decidan interrumpir voluntariamente un embarazo que se ha producido como resultado de una violación, porque si se les obligara a tener un descendiente que no ha sido concebido con libertad —como es obvio que sucede en todos los casos de embarazos por violación— se estaría vulne-

rando el artículo 4o. en la parte que garantiza a toda persona la *libre* decisión sobre su descendencia.

Seguramente esa misma libertad serviría para hacer constitucionalmente ilegítimas algunas o todas las disposiciones penales que, al castigar el aborto, obligan a las mujeres a tener hijos incluso contra su voluntad, negando con esas medidas el derecho a la autodeterminación sobre su propio cuerpo y sobre su maternidad. Al respecto, conviene tener presentes las observaciones de Luigi Ferrajoli sobre el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad —y consecuentemente de aborto—; sobre esto Ferrajoli⁷⁰ escribe:

se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre... porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento —aunque sea de procreación— para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación —la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo— en contraste con todos los principios liberales del derecho penal... en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal.

Aparte de las consecuencias penales, del párrafo segundo del artículo 4o. constitucional también se pueden desprender, como ya se ha apuntado, varias obligaciones de los poderes públicos —sobre todo del Poder Ejecutivo federal y de los poderes ejecutivos locales— en el sentido de implementar políticas públicas para la difusión e información de las técnicas para el control de natalidad, así como para la atención adecuada a la maternidad; esto último se desprende también del párrafo tercero del mismo artículo cuarto constitucional que protege el derecho a la salud.⁷¹

Es importante señalar que la información proporcionada por las autoridades en materia de técnicas para el control de la natalidad debe en todo momento respetar la voluntad de las personas involucradas, de forma que sería perfectamente inconstitucional el hecho de que se quisiera imponer por parte de alguna autoridad un determinado método de control o incluso la idea misma de contro-

⁷⁰ *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 86.

⁷¹ Sobre la planificación familiar, ver los artículos 67 y 68 de la Ley General de Salud.

lar artificialmente el número de hijos que una persona quiera tener. El uso de métodos anticonceptivos debe darse siempre bajo la premisa del *consentimiento informado* de las personas involucradas, nunca como una imposición o por medio de presiones o amenazas.

Respetando la libertad de procreación, las autoridades no pueden condicionar bajo ningún supuesto el acceso a ciertos programas de subsidio o la provisión de bienes materiales y recursos económicos a la adopción de medidas para el control natal. Así lo ha reconocido el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que en su Observación General número 19 (de 1990) ha señalado que, de conformidad con el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protege a la familia, “Cuando los Estados adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y *sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias*” (párrafo 5; cursivas añadidas).

Pese a ello, en la realidad ha sucedido que algunas autoridades pretenden imponer métodos de control de natalidad incluso en contra de la voluntad de los afectados (se han presentado estos casos en algunas comunidades indígenas de México), lo cual viola el derecho que el artículo 4o. constitucional establece para que sea cada persona la que determine *de forma libre* el número y espaciamiento de sus hijos.

Sobre este punto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha tenido que emitir una Recomendación General, en vista de las múltiples quejas recibidas y de las violaciones de derechos observadas por su personal. Se trata de la Recomendación General 4/2002 de 16 de diciembre de 2002, “Derivada de las prácticas administrativas que constituyen violaciones a los derechos humanos de los miembros de las comunidades indígenas respecto de la obtención de consentimiento libre e informado para la adopción de métodos de planificación familiar”.⁷² Hay algunos párrafos de esa Recomendación General que conviene tener presentes, ya que demuestran violaciones recientes a la libertad de procreación y también porque tales violaciones son padecidas por un grupo social particularmente marginado y discriminado como lo son los indígenas; el texto de esos párrafos es el siguiente:

se ha advertido que el personal médico de las clínicas rurales de las instituciones de salud pública obliga a las mujeres que acuden a consulta a utilizar el dispositivo intrauterino (DIU) como método de control natal, bajo la amenaza de que si no aceptan usarlo pueden perder apoyos de programas gubernamentales.

⁷² Publicada en la *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, núm. 149, diciembre de 2002, pp. 73-85.

...las brigadas de salud comunitaria, las cuales dan atención en zonas con población indígena, ejercen presión sobre la población masculina con el fin de obtener su consentimiento para la aplicación de métodos definitivos (vasectomía) de planificación familiar, mediante la promesa de proveerles de bienes materiales y recursos económicos, y en el caso extremo los amenazan con excluirlos de programas asistenciales del gobierno si no se someten a la vasectomía. Procedimiento en el cual además se acreditó que no se cumplió con las disposiciones sobre el consentimiento informado y que no contaron con traductor...

...tanto hombres como mujeres manifestaron que los servidores públicos de las clínicas rurales de las instituciones de salud pública, tanto estatales como federales, pretenden imponerles métodos de planificación familiar sin su consentimiento y sin informarles adecuada y ampliamente, en su lengua, cuáles son los beneficios para su salud, los riesgos de su empleo o los posibles efectos secundarios que pudieran presentarse.⁷³

Más adelante en la misma Recomendación General, la CNDH precisa el concepto de “consentimiento informado”, así como la forma de obtenerlo; el texto de los párrafos respectivos es el siguiente:

En el consentimiento libre e informado subyacen principios éticos de respeto a la autonomía y a la cultura de las personas, que debieran formar parte de la práctica médica; por ello, deben definirse los lineamientos o mecanismos complementarios para que la consejería dirigida a los integrantes de los pueblos indígenas cumpla no sólo con su objetivo de informar, sino de que se tenga la certeza de que esa información se ha comprendido. El propósito es asegurar que las instituciones prestadoras de servicios públicos de atención médica favorezcan y respeten la elección de los usuarios.

En los servicios de planificación familiar, el consentimiento informado y libre implica que, en la relación entre el usuario y el servidor público del sector salud, se dé un vínculo horizontal de intercambio respetuoso de información, a partir del cual manifiesten su solicitud de métodos de planificación familiar, en el contexto del conocimiento cultural que tienen las personas de sí mismas y sobre su salud sexual y reproductiva...

El proceso incluye la verificación, por parte de las instancias que proporcionan el servicio de atención a la salud sexual y reproductiva, de que las personas han comprendido sus explicaciones y sus dudas han sido resueltas. A su vez, hombres y mujeres deben consentir de manera libre y sin coerción sobre el uso del método más acorde a sus necesidades y preferencias, o bien disentir, si así lo juzgan conveniente.

⁷³ *Ibidem*, pp. 73 y 74.

El hecho de que se requiera un documento, o cualquier otro mecanismo institucional, de autorización no sustituye los pasos del proceso previamente descrito.⁷⁴

En otros países, también se ha optado por imponer coactivamente los sistemas de control de la natalidad, lo cual ha generado innumerables violaciones a los derechos fundamentales, no solamente a los de carácter reproductivo; cuando se hace un análisis comparado, sin embargo, se observa que la disminución de las tasas de natalidad (que es algo obviamente deseable y que los Estados deben de promover sobre todo a través de campañas de concientización e informativas) no se ha logrado por medios coactivos, sino más bien a través de la generación de una serie de factores vitales que le permiten a las personas tener acceso a bienes primarios con regularidad. En otras palabras, la mejor vía para disminuir las tasas de natalidad no son los programas obligatorios, sino el desarrollo económico, como lo acreditan los extremos opuestos a los que se ha llegado en China (por medio de la coacción y el terror contra su población) y en Europa (por medio del desarrollo económico y la democratización del bienestar).⁷⁵

Lo importante en este momento es subrayar que la libertad de procreación supone tanto la posibilidad de determinar que *sí* se quiere tener hijos, como la de determinar *no* tenerlos.

La Suprema Corte ha encontrado la oportunidad de pronunciarse sobre el tema del aborto apenas en enero de 2002, cuando dictó la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad 10/2000. La acción mencionada fue interpuesta en contra de una reforma realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal a los códigos Penal y de Procedimientos Penales aplicables precisamente en el Distrito Federal. En el primero de esos ordenamientos la reforma introdujo una eximiente de responsabilidad para el delito de aborto, en los siguientes términos: “Artículo 334: No se aplicará sanción... III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada”. En el Código de Procedimientos Penales la reforma que fue impugnada precisaba la facultad del Ministerio Público para autorizar la interrupción del embarazo que hubiera sido provocado con motivo de una violación (artículo 131bis).

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

⁷⁵ Un análisis mucho más completo sobre el punto puede encontrarse en Sen, Amartya K., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000, pp. 267 y ss.

La sentencia de la Corte tuvo algún elemento de paradoja, pues reconoció por una parte que la vida está constitucionalmente protegida desde el momento de la concepción, pero que las reformas analizadas no eran inconstitucionales.⁷⁶ Para sustentar tales conclusiones, la Corte va construyendo su argumentación a través de varios pasos:

A) en primer lugar, reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción en el siguiente criterio:

DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia norma fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la

⁷⁶ En ambos casos con votaciones muy divididas; ver el análisis de la sentencia y de los planteamientos de las partes en Ordóñez, Jorge, “El reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Un caso paradigmático en la Suprema Corte de Justicia en México”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 859 y ss.

vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales. Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, febrero de 2002, novena época, pleno, tesis P.J. 14/2002, p. 588.⁷⁷

B) En segundo lugar, la Corte señala que la previsión del artículo 334, fracción III del Código Penal no viola el derecho a la vida en la medida en que no autoriza el delito de aborto, sino que simplemente contempla una excusa absolutoria, es decir, precisa un supuesto en el que la sanción no podrá imponerse, tal como se reconoce en las dos tesis siguientes:

ABORTO. LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONSTITUYE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA. La hipótesis contenida en el citado numeral relativa a que cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo su sobrevivencia, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, constituye una excusa absolutoria, pues se trata de una causa que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impide la aplicación de la pena, es decir, aun cuando se configura el delito de aborto, no es posible aplicar la sanción. Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Guidiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, febrero de 2002, tesis P.J. 10/2002, p. 416.

⁷⁷ Ver también la tesis 13/2002 cuyo rubro es el siguiente: “Derecho a la vida. Su protección constitucional”, en la que señala que la Constitución “protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos”.

ABORTO. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Del análisis de lo dispuesto en el artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, se advierte, por una parte, que para que se actualice la excusa absolutoria que prevé es necesario que se satisfagan los siguientes requisitos: I. Que se haya cometido el delito de aborto, es decir, que una o varias personas hayan producido la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez y II. Que previamente a lo anterior: 1) Dos médicos especialistas hubieren emitido juicio en el sentido de que existe razón suficiente para diagnosticar: a) Que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas; b) Que éstas pueden dar como resultado daños físicos o mentales y c) Que éstos puedan poner en riesgo la sobrevivencia de aquél. 2) Exista consentimiento de la mujer embarazada. 3) Éste responda a una decisión libre, informada y responsable. 4) Como garantía de que la decisión reúne las características especificadas, los médicos que hicieron el diagnóstico hayan proporcionado a la mujer embarazada una información objetiva, veraz, suficiente y oportuna. 5) Que tal información comprenda tanto los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, como los apoyos y alternativas existentes; y, por otra, por ser una garantía para las personas que intervinieron en la muerte del producto de la concepción, deben existir las constancias necesarias, sustentadas en pruebas idóneas que acrediten el cumplimiento minucioso de todos y cada uno de los requisitos exigidos, pues si no está demostrado alguno de ellos, la autoridad respectiva puede llegar a la conclusión de que no se actualiza la excusa absolutoria a que se refiere el citado numeral y, por ende, deban aplicarse las sanciones previstas en los artículos 330 a 332 del citado ordenamiento penal. No escapa a la consideración de este alto tribunal que los requisitos de naturaleza médica se encuentran condicionados a la evolución de la ciencia y que la responsabilidad de los diagnósticos, en su caso, corresponderá a los dos médicos especialistas a que alude la norma; sin embargo, de llegar a producirse el aborto, dichos diagnósticos podrán ser analizados por otros médicos especialistas, a fin de que la autoridad respectiva esté en aptitud de determinar si tales diagnósticos iniciales tuvieron la sustentación idónea y fueron claros para quienes sin ser peritos en la materia, como en su caso lo puede ser la mujer embarazada, le sean entendibles en cuanto a sus conclusiones. Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Aleman y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, febrero de 2002, tesis P. VII/2002, p. 417. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

C) Finalmente, la Corte precisa que la posibilidad de que en algunos supuestos concretos el Código Penal del Distrito Federal permita el aborto no viola la garantía de igualdad. Su texto es el siguiente:

ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD, PUES NO AUTORIZA QUE SE PRIVE DE LA VIDA AL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. Al establecer el citado precepto la posibilidad de que cuando se produzca la conducta delictiva (el aborto) prohibida expresamente por el artículo 329 de aquel ordenamiento, pero se reúnan las requisitos consignados en aquella fracción, las sanciones prevista en los diversos numerales 330, 331 y 332, no podrán aplicarse, es indudable que no transgrede la garantía de igualdad contenida en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues dicha norma no dispone que a determinados productos de la concepción, por sus características, se les pueda privar de la vida, lo que sí sería discriminatorio, tesis IX/2002, aprobada solamente por mayoría de siete votos.

Como se sabe, el punto de partida para el debate jurisprudencial sobre el aborto lo marcó el caso *Roe vs. Wade* resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1973 (410 U.S. 113); curiosamente, en el caso *Roe* la Corte estadounidense no utilizó una argumentación basada en el derecho a la vida, sino una sobre todo vinculada al derecho a la privacidad, que ya había utilizado en anteriores decisiones (por ejemplo en *Griswold vs. Connecticut* 381 U.S. 479, de 1965, en referencia al uso e información sobre los anticonceptivos)⁷⁸ para ampliar considerablemente los limitados alcances de las cláusulas que sobre los derechos contienen las enmiendas del texto constitucional de 1787.

Sobre el mismo tema, también puede ser de interés revisar la importante decisión del Tribunal Constitucional español contenida en su sentencia 53/1985, en la que se formularon diversos votos particulares.

⁷⁸ En ese caso la Corte Suprema dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un “derecho a la intimidad” derivado de otros derechos establecidos explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el *Bill of Rights*. Para la Corte los derechos establecidos por el *Bill of Rights* tienen zonas de “penumbra”, de las cuales emanen otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En el caso *Griswold* se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut, de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la Corte afirmó que esa ley violaba la intimidad de las parejas y se preguntó: “¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagrados precinctos de las recámaras maritales para encontrar evidencias del uso de contraceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial”; la parte más sustantiva de la sentencia y de los votos concurrentes y disidentes se puede consultar, por ejemplo, en O’Brien, David M., *Constitutional Law and Politics. Volume two. Civil Rights and Civil Liberties*, 4a. ed., Nueva York, Norton and Company, 2000, pp. 333-342.

En el caso español, la doctrina ha sostenido un punto de vista interesante al afirmar que frente al silencio de la Constitución sobre si existe o no en su texto un derecho a la interrupción del embarazo, dicho derecho se debe entender como implícito y además la decisión de la mujer para llevarlo a cabo debe ser inmune a cualquier tipo de regulación estatal, con excepción de lo que genéricamente se llaman las “leyes de plazos”, que establecen ciertas condiciones y requisitos para interrumpir el embarazo en función de lo avanzado del mismo, que es la solución que se adoptó en Estados Unidos, como lo veremos enseguida. Dicha inmunidad se justificaría en virtud de que la interrupción de un embarazo es la decisión más íntima y personal que una persona puede tomar en toda su vida y, “justamente por eso, el Estado no puede interferir en la misma imponiéndole a las mujeres normas basadas en creencias metafísicas acerca del sentido de la existencia o del valor de la vida humana que ellas pueden no compartir”.⁷⁹

¿Cómo resolvería la Suprema Corte mexicana si se le presentara la necesidad de pronunciarse sobre el apego a la Constitución de una “ley de plazos”? Si mantuviera el criterio al que ya se ha hecho referencia, la Corte seguramente la declararía inconstitucional, pues en ese caso el legislador no estaría previendo una excusa absolvatoria (que la Corte juzgó correcta desde un punto de vista constitucional), sino permitiendo la interrupción del embarazo sin otros requisitos, siempre que se efectuara dentro de los plazos establecidos por la propia ley, lo cual podría violar el derecho a la vida, que adquiere protección constitucional —según la Corte— desde el momento de la concepción.

Toda vez que el caso *Roe* es uno de los más importantes en la historia constitucional moderna, vale la pena analizarlo con algo más de detalle.⁸⁰ El caso fue resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 22 de enero de 1973 con una votación de 7 a 2. El ponente fue Harry Blackmun, quien suscribió la posición de la mayoría, entre quienes se encontraba también el entonces *Chief Justice* de la Corte, Warren Burger. Los *justices* que disintieron fueron William Rehnquist y Byron White, quienes suscribieron votos particulares (las llama-

⁷⁹ Pérez Royo, Javier, “Derecho a la vida”, en Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III, p. 143.

⁸⁰ La literatura sobre el caso *Roe* es muy abundante. Uno de los mejores libros sobre el tema, que es el que se sigue para la presente exposición, es el de Tribe, Laurence H., *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992. La sentencia del caso puede verse en casi todos los textos de derecho constitucional de los Estados Unidos; por ejemplo en O’Brien, David M., *Constitutional Law and Politics. Volume two. Civil Rights and Civil Liberties*, cit., pp. 1204-1214, en donde además se incluyen las sentencias dictadas con posterioridad por la Corte que han vuelto a debatir el tema del aborto (pp. 1214 y ss.).

das *dissenting opinions*). Para tomar su decisión, la Corte tuvo que justificar que el derecho a interrumpir el embarazo era un derecho fundamental o tenía cobertura de un derecho de esa especie, ya que si no fuera un derecho fundamental el gobierno podría limitarlo sin mayores problemas, en aras a preservar un bien colectivo. La Corte argumentó, como ya se apuntaba, que el derecho a interrumpir el embarazo formaba parte del derecho a la intimidad de la mujer y que el gobierno no tenía razones suficientes para interferir con el ejercicio de ese derecho.

Sin embargo, la Corte aportó algunos matices sobre el derecho al aborto dependiendo de lo avanzado que estuviera el embarazo al momento de ejercerlo. Por ejemplo, en la sentencia se hace una división del embarazo en tres períodos de tres meses cada uno. Durante el primer trimestre el gobierno no puede interferir de ninguna manera en la decisión de una mujer para interrumpir el embarazo, salvo para insistir en que el aborto sea practicado por un médico titulado. Durante el segundo trimestre el gobierno puede regular lo relativo al aborto con el único objetivo de preservar y proteger la salud de la mujer; de esta forma, el gobierno puede dictar disposiciones a fin de que el aborto sea practicado sin riesgo para ella. Durante el tercer trimestre, cuando el feto ya podría sobrevivir fuera del cuerpo de la mujer (es decir, cuando se considera “viable”), hay una justificación suficiente para regular el derecho a interrumpir el embarazo; en este punto, la regulación puede llegar incluso hasta prohibir el aborto, para proteger la vida del feto, a menos que la interrupción del embarazo sea estrictamente necesaria para preservar la vida o la salud de la madre.

De lo dicho hasta aquí resaltan al menos dos cuestiones:

a) en primer término, la enorme creatividad judicial que se ejerció en el caso *Roe*, al crear el esquema de los trimestres;

b) en segundo lugar, es destacable también que la Corte haya hecho uso de un derecho que solamente de forma implícita se puede desprender de la Constitución estadounidense, como es el derecho a la intimidad de la mujer. Sorprende lo anterior por muchas cuestiones, entre ellas porque en ese entonces la Corte estaba presidida por un juez conservador, nombrado para presidir la Corte por el presidente Richard Nixon, justamente con el objeto de disminuir el activismo judicial que se había desarrollado en los años cincuenta y sesenta, cuando la Corte era presidida por Earl Warren. La sentencia fue redactada por otro juez nombrado por Nixon, como lo fue Harry Blackmun. Además del presidente de la Corte, Warren Burger, y de Blackmun, también estuvieron a favor de la sentencia *Roe* otros jueces conservadores.

En cualquier caso, después de dictada la sentencia hubo en Estados Unidos muchas críticas al activismo judicial de la Corte.⁸¹

Por lo que hace al derecho a la intimidad como fundamento de la decisión, es verdad que tal derecho no aparece literalmente en el texto constitucional estadounidense, pero según la mejor doctrina se puede desprender de la prohibición contenida en la Enmienda XIV según la cual nadie puede ser privado de la vida, la libertad o la propiedad sin observar el debido proceso legal. La intimidad sería una consecuencia del genérico derecho de libertad y de la interpretación que ha hecho la Corte del concepto de “debido proceso legal”, incorporando en dicho concepto contenidos sustantivos para proteger derechos fundamentales (lo que se conoce como el *substantive due process of law*).⁸²

Años después de haber dictado la sentencia *Roe*, la Corte ha vuelto sobre el tema del aborto y ha precisado, entre otras cuestiones, que el derecho a interrumpir el embarazo corresponde solamente a la mujer, de forma que el gobierno o el legislador no pueden otorgar un derecho de voto al hombre que comparete con la mujer la responsabilidad por el embarazo, ni tampoco a los parientes en el caso de que la mujer sea menor de edad; estos criterios se contienen en el caso *Planned Parenthood vs. Danforth*, resuelto en 1976.

La Corte ha considerado (en el caso *Thornburg vs. American College of Obstetricians*, resuelto en 1986) inconstitucionales algunas leyes estatales que obligaban a la mujer que quería abortar a conocer información detallada sobre el desarrollo del feto, sobre los riesgos fisiológicos y psíquicos que comporta el aborto o de la existencia de apoyos sociales para el caso de que decida seguir adelante con el embarazo; según la Corte, dicha obligación es inconstitucional en la medida en que tiene por objetivo influenciar la decisión de la mujer sobre la interrupción del embarazo.

⁸¹ Tribe, Laurence, *Abortion...*, cit., pp. 79 y ss.

⁸² Sobre este punto, *ibidem*, pp. 82 y ss. Desde la teoría feminista algunas autoras han mostrado cierta cautela sobre la oportunidad de utilizar el derecho a la intimidad al tratar el tema del aborto. Entre ellas, Catharine MacKinnon ha destacado el hecho de que utilizar el derecho a la intimidad en cuestiones sexuales puede ser peligroso para las mujeres en tanto que implica que el gobierno no tiene ninguna preocupación legítima por lo que les ocurre a las mujeres tras la puerta del dormitorio; en segundo lugar, para MacKinnon la afirmación de que el aborto es una cuestión privada parece suponer que el gobierno no tiene ninguna obligación de ayudar a financiar el aborto de las mujeres pobres, del mismo modo como les ayuda a financiar el parto. Ambos argumentos son estudiados y desestimados por Ronald Dworkin, en su libro, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 71 y ss. Esta obra de Dworkin es fundamental para comprender las bases científicas sobre las que se debe basar la polémica sobre el aborto (y sobre otros problemas relacionados con el derecho a la vida, como el de la eutanasia).

En otro caso (*City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health Inc.*, resuelto en 1983), la Corte ha considerado pertinente que se cuente con asistencia judicial en el supuesto de menores que quieran interrumpir el embarazo, siempre que esos menores tengan buenas razones para no acudir a la asistencia de sus familiares; en estos casos la intervención judicial debe estar regida por procedimientos que aseguren la rapidez y la confidencialidad.

En sentido parecido, la Corte ha considerado inconstitucional una ley del estado de Minnesota que obligaba a una menor que quería abortar a elegir entre las dos siguientes opciones: o notificar a sus dos progenitores con 48 horas de anticipación que iba a interrumpir su embarazo, o bien obtener una orden judicial para realizar dicha interrupción (caso *Hodgson vs. Minnesota* de 1990, con votación muy dividida de 5 a 4); el mismo día, sin embargo, la Corte reconoció como constitucional el requisito de que el médico que iba a practicar un aborto a una menor de edad le avisara por lo menos a uno de sus padres antes de llevar a cabo el procedimiento (caso *Ohio vs. Akron Center for Reproductive Health* de 1990, con votación de 6 a 3).

La Corte ha reconocido que se pueden negar fondos públicos federales o estatales para la realización de abortos no terapéuticos y que los hospitales públicos no están constitucionalmente obligados a practicar abortos no terapéuticos (casos *Maher vs. Roe*, de 1977 y *PoeLker vs. Doe*, del mismo año).

Los que se han mencionado son solamente algunos de los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la materia que nos ocupa; con posterioridad a ellos se han seguido decidido otros que han puesto de manifiesto el débil y precario equilibrio que existe en ese tribunal entre los jueces que consideran que el criterio vertido en el caso *Roe* debe seguirse manteniendo y aquellos que, por el contrario, sostienen que es tiempo de dejarlo atrás.⁸³

En México, las consideraciones constitucionales y los análisis académicos sobre el tema del aborto no pueden desentenderse de una realidad que parece caminar día a día bien lejos de lo que establecen las leyes; con datos de 1995, la mortalidad materna por causa de aborto llegaba a 8% del total de causas registradas, mientras que en 1996 representaba 6.7%, lo cual ubica al aborto como la cuarta causa de muerte materna en México. Se calcula que cada año se practican en el país unos 500,000 abortos; 23 de cada 1,000 mujeres en edad repro-

⁸³ El análisis minucioso de las diferentes posturas, claramente manifestadas, por ejemplo, en el caso *Planned Parenthood vs. Casey* decidido en junio de 1992 por una votación de 5 contra 4, se puede encontrar en Tribe, Laurence, *Abortion...*, cit., pp. 243 y ss.

ductiva se someten a abortos inducidos, y 9 de cada 10,000 mueren por complicaciones en la intervención.⁸⁴

Como quiera que sea, parece que los debates sobre el aborto no han podido ser zanjados por los criterios de los jueces, cualquiera que haya sido el sentido que dichas resoluciones hayan adoptado. Se trata, como lo ilustra el luminoso título del libro de Laurence H. Tribe, de un “choque de absolutos” (*clash of absolutes*), en donde se enfrentan dos valores últimos de la humanidad: la vida y la libertad. Además, hay muchas situaciones intermedias en donde la posibilidad o la necesidad de sacrificar uno de esos dos valores no está muy clara. El propio Tribe lo explica en los siguientes términos:⁸⁵ es obvio que el infanticidio es un crimen horrible y que la muerte de un niño constituye una de las mayores tragedias de la naturaleza; pero, ¿lo mismo se puede decir de la destrucción de un feto de ocho meses?, ¿y de uno de cinco meses? Por otro lado, la vida sin libertad es devastadora y justamente ese sería el caso de una mujer a la que se le obligara a tener un hijo sin su consentimiento; obligar a una mujer a tener un hijo producto de una violación es un asalto a su humanidad; pero, ¿sería el mismo caso el obligar a una mujer a tener un hijo solamente porque le falló el método de control de la fertilidad?

En extremos tan delicados y discutibles, nadie puede ofrecer respuestas totalizadoras. Quien lo pretenda estará más cerca de la locura totalitaria que de los valores que defiende el Estado constitucional. La posiciones en este tema suelen polarizarse y las posibilidades de cada una de las partes de convencer a la otra son muy escasas, por no decir del todo remotas.

En este contexto, el derecho constitucional debería asegurar las condiciones para que la tolerancia fuera el criterio bajo el que la legislación contemplara al tema del aborto. Es decir, si nadie puede ofrecer una respuesta completa, segura y aceptable por todos, entonces corresponde al derecho —en tanto que ordenamiento objetivo para asegurar la convivencia social pacífica— suministrar el marco jurídico para que todas las opciones de cada persona queden a salvo, sin que nadie pueda imponer en el cuerpo de otro su propio criterio. El derecho de los Estados democráticos no puede imponer criterios particulares de moralidad pública o privada, más allá de los genéricos derechos de libertad, igualdad y seguridad jurídica, o de los correspondientes deberes de diligencia, honradez, eficiencia, etcétera en los servidores públicos.

⁸⁴ Barquet, Mercedes y Méndez Alvarado, María de J., “Algunas vertientes de la institucionalización de las políticas de género en México”, *Diálogo y Debate de Cultura Política*, México, núms. 15-16, enero-junio de 2001, p. 56.

⁸⁵ *Abortion...*, cit., p. 3.

Libertad de procreación y nuevas tecnologías

Podría decirse que la problemática más o menos “tradicional” de la libertad de procreación ha estado y está planteada en los términos que se acaban de describir en el apartado anterior. Sin embargo, nuevas perspectivas y nuevos desafíos han surgido en los últimos años como producto de los avances científicos en el campo de la biotecnología en esta materia.

Se trata de cuestiones que tienen gran complejidad y que se han desarrollado con gran dinamismo en los últimos años, alcanzando a modificar no solamente aspectos reproductivos sino también vinculados al resto de nuestras vidas. Pensemos por ejemplo en las consecuencias que sobre el ámbito de los derechos fundamentales puede tener la determinación del código genético de una persona, los avances en materia de clonación o el desarrollo que se ha dado en la tecnología para el transplante de órganos. En el ámbito más reducido de la reproducción humana pensemos en las consecuencias que pueden tener las técnicas de fertilización *in vitro*, de congelación de esperma, de inseminación artificial, de diagnóstico prenatal, etcétera.

¿Cómo debe enfrentar el derecho constitucional esos fenómenos? Por ejemplo, ¿se puede y se debe proteger la libertad reproductiva de una mujer que quiera que se le implante un óvulo fecundado con esperma de su ex marido aunque éste se oponga?, ¿puede un médico manipular un embrión no solamente para que evite la herencia genética de la diabetes que sufren sus progenitores, sino también para que tenga el cabello castaño y los ojos verdes?, ¿se puede reconocer validez jurídica a los contratos celebrados para “alquilar un útero”?

A partir de estas y otras muchas preocupaciones que podrían plantearse, el derecho apenas comienza a modificar sus rígidas disposiciones. Así por ejemplo, en algunos textos constitucionales ya se hace referencia a cuestiones genéticas y de medicina reproductiva. Una de las regulaciones más detalladas es la que se contiene en el artículo 119 de la Constitución Helvética, que establece lo siguiente:⁸⁶

Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano. 1. Todo ser humano debe ser protegido contra los abusos de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética. 2. Corresponde a la Confederación legislar sobre el patrimonio germlinal y genético humano. A tal respecto vigilará por asegurar la protección de la

⁸⁶ Romeo Casabona, Carlos María, “El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías”, en VV. AA., *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 17 y 18.

dignidad humana, de la personalidad y de la familia y respetará en particular los siguientes principios: a) se prohíbe cualquier forma de clonación y de intervención en el patrimonio genético de los gametos y de los embriones humanos; b) el patrimonio genético y germinal no humano no puede ser transferido al patrimonio germinal humano ni fusionado con éste; c) el recurso a los procedimientos de procreación asistida sólo será autorizado cuando no pueda ser excluida de otro modo la esterilidad o el peligro de transmisión de una enfermedad grave, y no para desarrollar en el niño ciertas características o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer únicamente será permitida en las condiciones establecidas por la ley; únicamente podrán desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de embrión el número de óvulos humanos que pueda ser implantado a la mujer de forma inmediata; d) la donación de embriones y cualquier forma de maternidad por sustitución están prohibidas; e) no se permite el comercio del material germinal humano ni de los productos del embrión; f) el patrimonio genético de una persona únicamente podrá ser analizado, registrado o revelado con el consentimiento de ella o en virtud de una ley; g) todas las personas tendrán acceso a los datos relativos a su ascendencia.

Al margen de los aciertos o desaciertos que pueda tener, lo que llama la atención del precepto que se acaba de transcribir es el detalle con el que aborda varias de las cuestiones más importantes y actuales en materia de derechos reproductivos. Me parece que se trata de un ejemplo que otros ordenamientos constitucionales también deberían de seguir, ya sea con esos criterios o con otros.

Los retos que las nuevas tecnologías arrojan para el conjunto de derechos fundamentales y, en concreto, para la libertad reproductiva están siendo objeto ya de múltiples análisis desde el punto de vista jurídico y deberán serlo también de quienes estudian esos derechos.⁸⁷

V. LIBERTAD DE OCUPACIÓN O TRABAJO (ARTÍCULO 5o.)

El artículo 5o. contiene, en general, la libertad de trabajo u ocupación. Su texto es el siguiente:

⁸⁷ Para comenzar a estudiar algunos de los problemas apuntados, además del ensayo de Romeo Casabona citado en la nota anterior, se pueden consultar Vázquez, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999; Beck-Gernsheim, Elisabeth, *La reinvenCIÓN de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003; Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003 y Lora, Pablo de, *Entre el vivir y el morir. Ensayos de bioética y derecho*, México, Fontamara, 2003.

A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataque los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La Ley determinará en cada estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales e índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

La libertad de ocupación o trabajo implica la posibilidad de que cualquier persona pueda desempeñar la actividad profesional que prefiera. La aclaración que hace el texto constitucional en el sentido de que dicha actividad debe ser “lícita” viene a desdibujar ese derecho fundamental, puesto que la licitud es una característica que se determina por ley, con lo cual el mandato constitucional se deja a la discreción del legislador, se “desconstitucionaliza” por tanto. Sin embargo, la jurisprudencia en algunos casos ha entendido que el concepto de licitud no supone una habilitación para que el legislador haga lo que quiera,

sino que para limitar legítimamente la libertad de trabajo debe establecer prohibiciones o requisitos razonables; así parece desprenderse de las siguientes tesis:

DISTRITO FEDERAL. EL INCISO B) DEL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DE SU CÓDIGO ELECTORAL, AL IMPEDIR QUE LOS MIEMBROS DEL SERVICIO PROFESIONAL ELECTORAL FEDERAL PASEN A FORMAR PARTE DEL SERVICIO PROFESIONAL ELECTORAL DE DICHA ENTIDAD, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. La restricción contenida en el inciso b) del artículo octavo transitorio del Código Electoral del Distrito Federal, para que los miembros del Servicio Profesional Electoral Federal puedan pasar a formar parte del Servicio Profesional Electoral del Distrito Federal, a menos que se separen del cargo con un año de anticipación a la convocatoria respectiva, viola la garantía de libertad de trabajo prevista en el artículo 5o. constitucional, porque impide a las personas de referencia el ejercicio del derecho legítimo de poder participar en el procedimiento de contratación y, en su caso, de ser elegidos y seleccionados para ocupar el cargo correspondiente. Acción de inconstitucionalidad 5/99. Partido Revolucionario Institucional. 11 de marzo de 1999. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretarios: Guadalupe M. Ortiz Blanco, Ramiro Rodríguez Pérez y Miguel Ángel Ramírez González. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el doce de julio del año en curso, aprobó, con el número 58/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a trece de julio de mil novecientos noventa y nueve. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, tesis P.J. 58/99, p. 553.

LIBERTAD DE TRABAJO. EL SERVICIO PROFESIONAL ELECTORAL EN EL ESTADO DE NUEVO LEÓN CONSTITUYE UNA ACTIVIDAD LÍCITA QUE NO AFECTA DERECHOS DE TERCEROS NI DE LA SOCIEDAD. La licitud de un cargo en el Servicio Profesional Electoral en el Estado de Nuevo León, deriva del hecho mismo de que es un cargo público para actividades relacionadas con los procesos electorales, previsto expresamente en un ordenamiento legal emitido por la Legislatura del Estado y que es de orden público e interés social conforme al artículo 1o. de la ley que lo rige, y de que el objeto del Servicio Profesional Electoral, de conformidad con el artículo 5o. de la misma ley, es dotar a la Comisión Estatal Electoral de personal conformado por funcionarios especializados para prestar el servicio electoral y asegurar el desempeño profesional de las actividades de la comisión en cita. Esta actividad no afecta derechos de terceros, ya que los cargos en el servicio serán ocupados por las personas que se seleccionen mediante convocatoria pública y concurso de oposición, de tal forma que, si existe la vacante y se reúnen los requisitos necesarios para tal efecto, los aspirantes podrán participar en el concurso de selección, sin que implique afectación a derechos de terceros. Finalmente, no se afectan los intereses de la sociedad, pues tales cargos se rigen por la ley respectiva cuyo objetivo es que la organización y desarrollo de los procesos electorales se lleven a cabo por personal especializado.

Acción de inconstitucionalidad 10/98. Minoría parlamentaria de la LXVIII Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cinco de abril en curso, aprobó, con el número 30/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de abril de mil novecientos noventa y nueve. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, abril de 1999, tesis P.J. 30/99, p. 258.

PELÍCULAS CINEMATOGRÁFICAS EN IDIOMA EXTRANJERO. EL ARTÍCULO 8o. DE LA LEY FEDERAL DE CINEMATOGRAFÍA QUE PREVÉ SU EXHIBICIÓN EN VERSIÓN ORIGINAL Y, EN SU CASO, SUBTITULADAS EN ESPAÑOL, CON EXCEPCIÓN DE LAS CLASIFICADAS PARA PÚBLICO INFANTIL Y LOS DOCUMENTALES EDUCATIVOS, QUE PODRÁN EXHIBIRSE DOBLADAS AL ESPAÑOL, TRANSGREDE LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD DE COMERCIO E IGUALDAD PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 5o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El citado precepto de la Ley Federal de Cinematografía transgrede el artículo 5o. de la Constitución federal que, además de garantizar el ejercicio de la libertad de comercio, dispone que la misma sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataque los derechos de tercero, o por resolución gubernativa dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad, así como la garantía de igualdad inherente a la misma. Ello es así, porque el hecho de que el precepto impugnado solamente disponga que aquellas películas clasificadas para el público infantil y los documentales educativos podrán ser doblados al español, entraña una limitación implícita, en el sentido de que las películas que no estén comprendidas en la clasificación mencionada no pueden ser dobladas al español, ya que para ellas el propio precepto establece su exhibición en versión original a través de subtítulos, con lo que impide que quien se dedica a la exhibición de películas de distinto género a las señaladas en primer término pueda llegar al sector del público que no sabe leer o que lo hace en forma deficiente, o simplemente al que opta por ese tipo de presentación, lo que se traduce en una limitación para su actividad comercial que no se funda en razón alguna que sustente el interés de la sociedad y que tienda a proteger sus derechos. Además, también se ve transgredido el citado precepto constitucional en virtud de que a las empresas televisoras sí se les permite la transmisión de películas que no corresponden a la clasificación “AA” infantiles dobladas al español, con lo cual se hace una distinción indebida entre esas empresas y los exhibidores de películas, circunstancia que vulnera la garantía de igualdad, pues a una misma actividad mercantil se le otorga, sin justificación alguna, distinto trato, según el medio de difusión, televisión o sala cinematográfica, de que se trate. Amparo en revisión 2352/97. United International Pictures, S. de R. L. 6 de marzo de 2000. Mayoría de ocho votos. Disidentes: presidente Genaro David Góngora Pimentel, José Vicente Aguinaco Alemán y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot. Amparo en revisión 222/98. Twentieth Century Fox Film

de México, S. A. 6 de marzo de 2000. Mayoría de ocho votos. Disidentes: presidente Genaro David Góngora Pimentel, José Vicente Aguinaco Alemán y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Alfredo E. Báez López. Amparo en revisión 2231/98. Buena Vista Columbia Tristar Films de México, S. de R. L. de C. V. 6 de marzo de 2000. Mayoría de ocho votos. Disidentes: presidente Genaro David Góngora Pimentel, José Vicente Aguinaco Alemán y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Alfredo E. Báez López. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintinueve de mayo en curso, aprobó, con el número LXXXIX/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintinueve de mayo de dos mil. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio de 2000, tesis P. LXXXIX/2000, p. 30.

LIBERTAD DE COMERCIO. ALCANCES DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 5º. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido sobre el artículo 5º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que, por un lado, la garantía de libre comercio no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que requiere que la actividad que realice el gobernado sea lícita, es decir, que esté permitida por la ley; y, por el otro, que el propio precepto establece que su ejercicio sólo puede limitarse en dos supuestos: por determinación judicial, cuando se lesionen los derechos de tercero, o bien, por resolución gubernativa en los casos específicos que marque la ley, siempre y cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Lo anterior implica que la garantía en cuestión será exigible en aquellos casos en que la actividad, aunque lícita, no afecte el interés público, entendido éste como el imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual que se traduce en la convivencia y bienestar social. En ese sentido, cuando a través de una resolución gubernativa se limite el ejercicio de la citada garantía, se requiere, necesariamente, que el ordenamiento que la restringe contenga un principio de razón legítima que sustente el interés de la sociedad y que tienda a proteger sus derechos. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio de 2000, tesis P. LXXXVIII/2000, p. 28.

Lo que vienen a resaltar las tesis anteriores es que el legislador debe de actuar razonablemente cuando decide limitar la libertad de trabajo, y no puede hacerlo estableciendo requisitos no razonables para desempeñar una actividad lícita.

Una cuestión sobre la que la jurisprudencia no se ha pronunciado es la que tiene que ver con las múltiples leyes que establecen como requisito para desempeñar algún cargo el “no haber sido sentenciado por un delito doloso”. Desde mi punto de vista, este tipo de disposiciones son inconstitucionales porque violan al menos dos artículos constitucionales, el artículo 5º. que ahora se

comenta y el artículo 18 que establece el derecho a la readaptación social de las personas sentenciadas a una pena privativa de la libertad.

Violan esas disposiciones el artículo 5o. porque limitan la posibilidad de ejercer una actividad lícita fuera de los supuestos que contempla ese artículo, mismos a los que en seguida se hace referencia. Y violan también el artículo 18 constitucional porque, como se ha dicho, consagra el derecho a la readaptación social, lo cual supone que una vez que se extingue la pena privativa de la libertad la persona puede regresar a la sociedad disfrutando plenamente de sus derechos; pues bien, el hecho de que una ley le impida a la persona que ha sido sentenciada por la comisión de cierto tipo de delitos el desempeñar algún cargo o actividad, es la negación misma del derecho a la readaptación social que dispone el artículo 18.

Hay que recordar que el artículo 36 de la Constitución prevé la figura de la “suspensión” de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos “durante la extinción de una pena corporal” (fracción III), pero dichos derechos no son otros más que los que señala el artículo 35 de la misma carta magna, es decir, votar y ser votado, asociarse para tomar parte en los asuntos políticos del país, tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional y ejercer el derecho de petición. De lo dispuesto por estos dos preceptos hay que deducir que: *a)* durante el cumplimiento de una condena privativa de la libertad solamente se puede suspender el goce de los derechos que van ligados a la propia condena (como los muy obvios de la libertad de tránsito o la libertad de residencia) y los que menciona el artículo 35; y *b)* que la suspensión de esos derechos tiene justificación constitucional mientras dure la condena privativa de la libertad, pero que no se puede prolongar posteriormente, ni siquiera a través de alguna prohibición general establecida por el legislador.

Por otro lado, el artículo 5o. constitucional, dispone que la posibilidad de “*vedar*” la libertad de trabajo o comercio —que para serlo de verdad, debe ser lícita en el sentido en que lo ha precisado la jurisprudencia— se da en dos supuestos: por resolución judicial cuando se ataquen derechos de terceros, y por resolución gubernativa (de las autoridades ejecutivas se quiere decir), dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

De la lectura del texto del artículo 5o. constitucional surgen de inmediato varias dudas: ¿la sociedad, como tal, tiene derechos?, ¿son derechos fundamentales o derechos otorgados por una ley?, ¿los derechos de la sociedad —si es que existen— pueden estar por encima de los derechos individuales o de un derecho tan esencial como la libertad de trabajo?, ¿cuándo se “ofenden” —no es que se violen— los derechos de la sociedad? No se trata, creo, de instaurar

una jerarquía entre derechos sociales y derechos individuales, pero la redacción del artículo 5o. suscita alguna perplejidad; si se examinan los derechos sociales (creemos que esos podrían ser lo más parecido a “los derechos de la sociedad”) se verá que a duras penas podría alguno de ellos contraponerse a la libertad individual de elegir una profesión que sea “lícita”. ¿El derecho a la salud, a la educación, a una vivienda digna y decorosa pueden ser vulnerados por la elección individual de una profesión? Quizá en el que más podría incidir la libertad de trabajo sea en el derecho al medio ambiente, con el que sí podría suscitar algún conflicto.

Las dudas que se acaban de formular cobran mayor relevancia cuando se toma en consideración la equívoca jurisprudencia de la Suprema Corte en el tema de los límites a la libertad de trabajo, de la que una buena muestra se encuentra en la siguiente tesis:

LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La garantía individual de libertad de trabajo que consagra el artículo 5o., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que, con base en los principios fundamentales que deben atenderse, su ejercicio se condiciona a la satisfacción de los siguientes presupuestos: a) que no se trate de una actividad ilícita; b) que no se afecten derechos de terceros; y, c) que no se afecten derechos de la sociedad en general. En lo referente al primer presupuesto, la garantía constitucional cobra vigencia en la medida que se refiera a una actividad lícita, esto es, que esté permitida por la ley. El segundo presupuesto normativo implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley en favor de otro. Finalmente, el tercer presupuesto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad, esto es, existe un imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que existe un valor que se pondera y asegura, que se traduce en la convivencia y bienestar social, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular y, en aras de ese interés mayor se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse aquél en una proporción mayor del beneficio que obtendría el gobernado. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, abril de 1999, novena época, pleno, tesis P.J. 28/99, p. 260.

En este criterio se observa una curiosa confusión entre los “derechos de la sociedad” y un derecho individual como lo es el derecho a la libertad de trabajo, y se pone asimismo de manifiesto la necesidad de que la Constitución contenga limitaciones claras a los derechos fundamentales.

Otra tesis que puede resultar de interés sobre el tema de los límites a la libertad de trabajo es la siguiente:

LIBERTAD DE COMERCIO. ALCANCES DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 5o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido sobre el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que, por un lado, la garantía de libre comercio no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que requiere que la actividad que realice el gobernado sea lícita, es decir, que esté permitida por la ley; y, por el otro, que el propio precepto establece que su ejercicio sólo puede limitarse en dos supuestos: por determinación judicial, cuando se lesionen los derechos de tercero, o bien, por resolución gubernativa en los casos específicos que marque la ley, siempre y cuando no se ofendan los derechos de la sociedad. Lo anterior implica que la garantía en cuestión será exigible en aquellos casos en que la actividad, aunque lícita, no afecte el interés público, entendido éste como el imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual que se traduce en la convivencia y bienestar social. En ese sentido, cuando a través de una resolución gubernativa se limite el ejercicio de la citada garantía, se requiere, necesariamente, que el ordenamiento que la restringe contenga un principio de razón legítima que sustente el interés de la sociedad y que tienda a proteger sus derechos. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio de 2000, novena época, pleno, tesis P. LXXXVIII/2000, p. 28.

A esta tesis pueden hacerse los mismos comentarios que a la anterior; añadiendo la observación sobre el riesgo que supone que la Suprema Corte entienda que un concepto tan difícil de determinar como es el de “interés público”, pueda entenderse como un imperativo “que subyace” (*sic*) frente a los derechos individuales y que se traduce —no se sabe bien cómo la Corte llega a tal conclusión— “en la convivencia y el bienestar social”.

En un criterio interesante, la Corte sostiene que del artículo 5o. constitucional puede desprenderse “implícitamente” un derecho a la igualdad; se trata de la siguiente tesis:

GARANTÍA DE IGUALDAD. ESTÁ CONTENIDA IMPLÍCITAMENTE EN EL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL. El análisis del primer párrafo del artículo 5o. constitucional, que establece: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos...”, permite constatar, en principio, que este precepto garantiza a todos los gobernados, entre otras cosas, el ejercicio de las libertades de comercio y de industria que sean lícitas y, en segundo término, que esa facultad se otorga a todas las personas sin distinción alguna, es decir, sin hacer diferencias de nacionalidad, raza, religión o sexo, ya que su contenido no establece salvedad alguna al respecto; circunstancia que constituye un funda-

mento importante de la garantía de libertad de comercio, ya que el artículo 5o. constitucional, al permitir a todas las personas ejercer el comercio o la industria que les acomode, siempre y cuando sean lícitos y no opere alguna de las limitantes a que alude el mismo numeral, excluye implícitamente de tal prerrogativa todo trato desigual que no pueda ser justificado constitucionalmente o apoyado en el interés público, puesto que no debe soslayarse que el disfrute pleno de la garantía otorgada por la carta magna en el imperativo de cuenta exige necesariamente la actualización del principio de igualdad material o real entre los titulares de esa garantía, dado que jurídicamente la igualdad se traduce en que varias personas, cuyo número es indeterminado, que participen de la misma situación, tengan la posibilidad y la capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y obligaciones que emanen de la ley aplicable frente al Estado, lo cual estará en función de sus circunstancias particulares. En este sentido, el numeral 5o. constitucional prevé sustancialmente ese principio fundamental de igualdad, en virtud de que tiene como finalidad colocar a todos los gobernados, cualquiera que sea su categoría o condición social, en igualdad de condiciones frente a la necesidad de vida de escoger el comercio, el oficio, el trabajo o la industria que les acomode, con las únicas salvedades de que éstos sean lícitos y de que no ataquen los derechos de terceros ni ofendan los intereses de la sociedad. Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio de 2000, novena época, pleno, tesis P.XC/2000, p. 26.

La jurisprudencia de nuestros tribunales federales sobre la libertad de trabajo, además de lo que ya se ha examinado, ha sostenido lo siguiente: *a)* en principio, la regulación de la misma corresponde al poder legislativo; las facultades del Poder Legislativo no impiden, sin embargo, que el Poder Ejecutivo dicte reglamentos de las leyes relativas, a efecto de determinar las condiciones concretas de ejercicio de la libertad de trabajo; *b)* el Poder Legislativo no puede restringir dicha libertad para un gobernado en lo particular; *c)* en virtud de que corresponde hacerlo al Poder Legislativo, los reglamentos no podrían reducir o limitar la libertad protegida por el artículo 5o. constitucional, por ejemplo estableciendo un requisito de distancia con respecto a algún comercio o industria; *d)* de la misma forma, los reglamentos sí pueden prohibir la realización de una actividad lícita, cuando ésta se pretenda llevar a cabo en un bien público, como sucede cuando se pretenden instalar puestos semifijos o temporales en la vía pública; y *e)* la sanción de inhabilitación que se puede imponer a un funcionario público por haber incurrido en alguna de las responsabilidades que marca la ley en el desempeño de su cargo no viola la libertad de trabajo, como tampoco lo hace la sanción de clausura que se impone a un establecimiento mercantil por haber violado la ley de protección al consumidor o las leyes fiscales. Algunas de las tesis relativas que justifican lo que se acaba de mencionar son las siguientes:

PROFESIONES, REGLAMENTACIÓN DE LAS. La reglamentación del artículo 4o. constitucional sólo puede hacerse por los congresos locales, y por el Congreso de la Unión tratándose del Distrito Federal; y las cortapisas que se impongan sin fundamento en ley alguna para el libre ejercicio de las profesiones, importan una violación constitucional. Quinta época, pleno, *Apéndice de 1995*, t. I, parte HO, tesis 398, p. 369.

LIBERTAD DE TRABAJO. LA GARANTÍA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL NO IMPIDE AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA REGLAMENTAR LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN SOBRE ESTA MATERIA. Ha sido criterio firme de este alto tribunal que la libertad de trabajo sólo puede vedarse mediante una ley en sentido formal y material, es decir, una norma general, impersonal y abstracta, emanada del órgano constitucionalmente investido de la facultad legislativa, y que al presidente de la República no corresponde hacerlo a través de normas reglamentarias, debiendo entenderse que se veda esa libertad cuando se impone al gobernado la prohibición absoluta de realizar cierta actividad, sea cual fuere la circunstancia o condición en que lo haga. Es en este sentido, que el presidente de la República no está facultado para reglamentar el artículo 5o. constitucional, puesto que él no tiene atribuciones para vedar la libertad de trabajo, esto es, para imponer sobre el gobernado esa prohibición absoluta de realizar cierta actividad, pero ello no significa desconocer la facultad que tiene de regular su ejercicio dentro de los límites que establezca una ley, porque la reserva legal de orden formal se refiere a la sustancia del derecho, no a las condiciones concretas de su ejercicio, pues la definición de estas últimas corresponde a una regulación concreta y pormenorizada de cada una de las ramas de la actividad, sea comercial, industrial o profesional, de acuerdo con las particularidades del lugar y tiempo y con las exigencias impuestas por la necesidad de conciliarla con otros principios de derecho. La garantía radica en asegurar que el legislador defina el contenido básico de libertad, mas no en impedir que la autoridad administrativa regule su ejercicio, siempre y cuando apoye su potestad reglamentaria en una ley, de acuerdo con el artículo 89, fracción I, constitucional, y sus normas no afecten el contenido esencial del derecho, no desnaturalicen su sustancia, ni tampoco disfracen, bajo la apariencia de un requisito, una auténtica prohibición de su ejercicio. Amparo en revisión 199/90. Martín Otilio Arias Montero y otros. 8 de octubre de 1990. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz. Octava época, cuarta sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VI, primera parte, julio a diciembre de 1990, p. 227.

LIBERTAD DE TRABAJO. EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE RESTRINGIR ESA GARANTÍA A GOBERNADOS EN PARTICULAR. Del análisis cuidadoso del artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que el Poder Legislativo puede, al emitir una ley, restringir la libertad de trabajo de una manera general, impersonal y abstracta, determinando que una actividad es ilícita, pero de ninguna manera puede establecer restricciones a esa garantía en relación con gobernados en particular, aunque éstos se mencionen de modo implícito, de mo-

do tal que una vez aplicada a ellos la disposición, ésta pierda su eficacia. La razón radica en que la ley debe tener los atributos señalados y, además, en que el propio precepto constitucional reserva a la función judicial y a la administrativa ese tipo de restricciones personales al determinar que la libertad ocupacional puede vedarse por resolución judicial, cuando se afecten derechos de terceros, y por resolución gubernativa, en los términos que señale la ley, cuando se afecten derechos de la sociedad. Acción de inconstitucionalidad 10/98. Minoría parlamentaria de la LXVIII Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cinco de abril en curso, aprobó, con el número 29/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de abril de mil novecientos noventa y nueve. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, abril de 1999, tesis P.J. 29/99, p. 258.

DISTANCIA, REQUISITO DE. ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO, CUANDO LO FIJA UN REGLAMENTO Y NO UNA LEY EMITIDA POR EL ÓRGANO LEGISLATIVO. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional, la garantía individual que consigna, consistente en la libertad que tiene una persona a dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos, únicamente puede ser vedada en su ejercicio cuando se ataqueen derechos de tercero, caso en que la restricción de la garantía individual corresponde a la autoridad judicial, y cuando se ofendan los derechos de la sociedad, hipótesis en que la restricción del ejercicio de la garantía individual, corresponde a una resolución gubernativa, “dictada en los términos que marque la ley”. Lo anterior significa que si se está en presencia de una resolución que niega al quejoso la licencia que solicita con fundamento en que el establecimiento que se pretende abrir no satisface el requisito de distancia que señala un reglamento, tal resolución debe estimarse ilegal, porque se basa en una disposición inconstitucional, puesto que la misma se funda en un reglamento y no en una ley, como lo exige el precepto constitucional, según se entiende de su texto literal, el que se corrobora si se tiene en cuenta que ni siquiera la ley puede obrar arbitrarria ni aun discrecionalmente al imponer taxativas al ejercicio de la garantía individual de que se trata, sino que debe hacerlo “cuando se ofendan los derechos de la sociedad”. Apreciación tan delicada y trascendental, de cuando se ofenden los derechos de la sociedad, para el efecto de tasar el ejercicio de una garantía individual que la Constitución otorga, no quiso confiarla la ley suprema, sino a la ley emanada como tal del órgano legislativo. Sexta época, segunda sala, *Apéndice de 1995*, t. III, parte HO, tesis 1039, p. 820.

DISTANCIA, REQUISITO DE. LAS LEYES QUE LO FIJAN SON VIOLATORIAS DE LOS ARTÍCULOS 4o. Y 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. (REGLAMENTO DE EXPENDIOS DE LECHE EN EL MUNICIPIO DE TORREÓN, COAHUILA). Son anticonstitucionales los reglamentos y leyes que fijan el requisito de distancia para establecer comercios o

negocios de la misma clase, porque según el artículo 4o. constitucional el ejercicio de esa libertad sólo puede vedarse por determinación judicial cuando ataca los derechos de terceros, o por resolución gubernativa cuando se ofenden los derechos de la sociedad, dictados en los términos que marque la ley; esto es, que las propias leyes sólo pueden limitar esa libertad cuando su ejercicio acarrea perjuicio a la sociedad, como sucede, entre otros casos, cuando se instalan expendios de bebidas alcohólicas o centros de vicio en general cerca de las escuelas o de los centros de trabajo. Pero el establecimiento, en una misma calle o lugar, próximos unos a otros, de comercios o locales de prestación de servicio de la misma especie, de ninguna manera lesionan los derechos de la sociedad, antes bien se ejercita la libertad de comercio establecida por el artículo 4o. de la Constitución federal, y se obtiene el evidente beneficio social de la libre concurrencia garantizada por el artículo 28 constitucional. En tal virtud, los artículos 4o. y 8o. del Reglamento a que deben sujetarse los expendios de leche pasteurizada y sus derivados, en el Municipio de Torreón, Coahuila, son inconstitucionales. Séptima época, pleno, *Apéndice de 1995*, t. I, parte SCJN, tesis 105, p. 114.

MERCADOS, REGLAMENTO DE. SU ARTÍCULO 65, FRACCIÓN XI, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO. El Reglamento de Mercados del Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del primero de junio de mil novecientos cincuenta y uno, al prohibir la instalación de puestos permanentes o temporales en los prados de vías y parques públicos, no infringe la garantía consagrada en el artículo 5o. de la Constitución federal, que establece los casos en que puede vedarse la libertad individual de comercio, porque no prohíbe a los gobernados dedicarse a la actividad comercial; únicamente dispone que para ejercer el comercio en puestos temporales o permanentes, los interesados deben colocarlos en sitios distintos de las vías y parques públicos, disposición que no atenta contra el contenido esencial de la libertad de comercio, porque sólo atiende a conciliar la libertad de comercio con el tránsito peatonal y vehicular, que es el destino normal de los parques y las vías públicas, bienes de uso común cuya tutela, conservación y defensa están encomendadas a la administración pública. Amparo en revisión 3995/90. Luciano Antonio Neria Campos y coagráviados. 16 de marzo de 1992. Cinco votos. Ponente: Carlos García Vázquez. Secretaria: Guadalupe Cueto Martínez. Amparo en revisión 199/90. Martín Otilio Arias Montero y otros. 8 de octubre de 1990. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz. Octava época, t. VI, primera parte, p. 229. Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. IX, abril de 1992, tesis 4a. XXXVI/90, p 108.

RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 56, FRACCIÓN V, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE ESTABLECE LA INHABILITACIÓN COMO SANCIÓN ADMINISTRATIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO, CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL. El artículo 56, fracción V, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos que establece que la inhabilitación

temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, impuesta como sanción administrativa, será aplicable por resolución que dicte la autoridad competente, no transgrede la garantía de libertad de trabajo tutelada por el artículo 5o. de la Constitución federal. Ello es así, porque dicha garantía no debe entenderse en el sentido de que el legislador impida que la autoridad competente tenga facultades para restringir, de manera temporal, la capacidad de un servidor para ocupar un cargo público, pues lo que prohíbe la referida garantía es que se limite a las personas, en forma absoluta, el ejercicio de la profesión, industria, comercio o trabajo que les acomode, siendo lícitos, imperativo que no se vulnera cuando la ley prevé una sanción por tiempo determinado de acuerdo con la gravedad de la infracción, el monto del daño causado y las demás situaciones previstas por la propia ley, cuya regulación es necesaria, en virtud de que las garantías individuales no pueden ejercerse en forma irrestricta y sin ningún control cuando se presente la situación de que un funcionario no prestó óptimamente el servicio público, tanto desde un punto de vista jurídico o legal, como moral, en cuanto a la honradez, lealtad e imparcialidad y, en su caso, material en lo que se relaciona con la eficiencia, supuestos que de actualizarse justifican la citada regulación, por ser de destacado interés social que los servidores públicos se conduzcan con estricto apego a las normas que rigen su actuación a fin de asegurar para la sociedad una administración pública eficaz. Además, de conformidad con el precepto constitucional mencionado, la libertad de trabajo no sólo puede vedarse por determinación judicial, sino también por resolución gubernativa, como la dictada por la autoridad administrativa para el efecto de decretar la inhabilitación de los servidores públicos que hayan incurrido en responsabilidad administrativa. Amparo directo en revisión 553/98. Catalina Ávalos Silva. 14 de octubre de 1999. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón, José Vicente Aguinaco Alemán y Humberto Román Palacios. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintinueve de mayo en curso, aprobó, con el número LXXIX/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintinueve de mayo de dos mil. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio de 2000, tesis P. LXXIX/2000, p. 35.

CLAUSURA PREVISTA COMO SANCIÓN POR INFRACCIONES FISCALES. NO ES VIOLATORIA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL. Si bien es cierto que la clausura afecta temporalmente el ejercicio del comercio, también lo es que la sociedad está interesada en que se acaten y respeten las disposiciones legales encaminadas a la correcta recaudación de los ingresos del Estado, toda vez que a éste se le encomienda velar por las necesidades colectivas, los derechos sociales y la administración económica para satisfacerlos y protegerlos, de tal manera que cuando se realizan conductas que pueden llegar a afectar esa recaudación se afectan sus intereses y, por ello, se justifica el impedir temporalmente el ejercicio del comercio, a pesar de que la quejosa afirme que el no expedir comprobantes fiscales o expedirlos sin los requisitos fiscas-

les, no necesariamente implica omisión en el pago de contribuciones, en virtud de que la sanción prevista en el precepto legal reclamado no puede estar sujeta a que la autoridad fiscal realice una auditoría fiscal y constate si se omitieron o no contribuciones. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. V, junio de 1997, tesis P. XCI/97, p. 143.

CLAUSURA. LA ESTABLECIDA COMO SANCIÓN EN EL ARTÍCULO 128, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, NO INFRIANGE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 5º. CONSTITUCIONAL. La clausura a que se refiere el artículo 128, segundo párrafo, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, no es violatoria de la libertad de comercio que regula el artículo 5º., de la Constitución Federal, por el hecho de que este último precepto no la señale expresamente. Las limitaciones que el mencionado precepto constitucional establece a la libertad de comercio, se regulan en función de la sociedad y no de los que la ejercen, pues ellas tienen sustento en que no se ofendan los derechos de esa sociedad. En ese sentido, el hecho de que la norma constitucional no haga referencia a la clausura, no significa ni permite concluir que esa figura jurídica se encuentre prohibida por la Constitución o sea contraria a sus principios. Ello obedece a que la Constitución consigna la posibilidad de limitar la libertad de comercio por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad pero, lógicamente, no determina los medios por los cuales pueda realizarse esa limitación, ya que ésta dependerá de los casos concretos por las diversas formas en que, de hecho, se puede ejercer el comercio. De tal manera, las leyes secundarias pueden establecer distintos tipos o formas de limitación, desde luego, con arreglo a los demás principios constitucionales. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, noviembre de 1995, tesis P. CIII/95, p. 76.

El artículo 5º. establece también diversas disposiciones para proteger que la libertad de trabajo no pueda ser vulnerada ni siquiera contando con la voluntad del interesado. En este sentido, se prohíben los trabajos obligatorios —con algunas excepciones señaladas en los párrafos tercero y cuarto del mismo artículo— y los contratos en que se disponga el sacrificio o la renuncia a un derecho fundamental (incluyendo la propia libertad de trabajo). En cualquier caso, la falta de cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas de un contrato por parte del trabajador, solamente darán lugar a la correspondiente responsabilidad civil, pero no se le podrá obligar a realizar ninguna tarea establecida en dicho contrato.

El análisis del artículo 5º. debe tomar en cuenta las disposiciones de los artículos 27 y 28 de la propia Constitución que establecen algunas limitaciones a las actividades económicas de los particulares y que, en esa medida, suponen

también límites constitucionales a la libertad de ejercer una profesión.⁸⁸ Por ejemplo, en dichos preceptos hay ciertas actividades que se reservan en exclusiva al Estado mexicano, por lo cual no podrán realizarlas los particulares (tal es el caso de la emisión de moneda o de la generación de energía nuclear, por citar dos casos); también se imponen ciertas modalidades al ejercicio de una profesión, como lo puede ser el acuerdo para ejercer de forma monopólica u oligopólica una determinada actividad. Igualmente deben revisarse, para comprender cabalmente el contenido del artículo 5o., las disposiciones del artículo 123 sobre los derechos de los trabajadores.

En otros países, la libertad de ejercer cualquier profesión está sujeta a los requisitos que para ciertas actividades establecen los respectivos colegios profesionales (ver por ejemplo el artículo 36 de la Constitución española de 1978).⁸⁹ La pertenencia a dichos colegios puede ser obligatoria; también lo son los exámenes que los mismos colegios practican a sus agremiados como paso previo al ejercicio de su profesión.

Es el caso de los profesionales del derecho en algunos países. En México, sin embargo, los abogados no están obligados a pertenecer a ninguna asociación profesional o colegio para ejercer su profesión; ciertos autores consideran que sería benéfico para la profesión jurídica que sí existiera la colegiación obligatoria y que los colegios pudieran realizar pruebas para verificar el nivel de conocimientos de los abogados. Respecto a la colegiación obligatoria, Diego Valadés escribe que

En cuanto al caso de la abogacía, el problema de la colegiación obligatoria es más complejo. Varios de los más serios colegios se inclinan por aceptar esa modalidad, porque se advierte que la función de los abogados tiene características muy particulares con relación a otras actividades profesionales. Por lo general, el abogado se sitúa entre el particular y el órgano de impartición de justicia; su tarea es crucial para asegurar que no haya distorsión en las funciones de justicia, y debe garantizar que cuenta con los atributos técnicos y éticos que lo hacen merecedor de la confianza de su patrocinado.⁹⁰

Para completar el marco constitucional de la libertad de trabajo y hacerla efectiva en el acceso a los puestos públicos no electivos se debería de incluir en el texto de la carta magna el concepto de servicio civil de carrera, que podría

⁸⁸ Ver *infra*, dentro de este mismo capítulo, el análisis de los artículos mencionados.

⁸⁹ Para el análisis de este precepto y de su correspondiente ley de desarrollo, *cfr.* González Pérez, Jesús y Fernández Farreres, Germán, *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Madrid, Civitas, 2002.

⁹⁰ “Derecho de la educación”, *cit.*, p. 816.

prefigurar las condiciones de acceso a la función pública; de esa forma todas las personas podrían en principio acceder en términos de igualdad y libertad a dicha función, con las modalidades que se consideren pertinentes para satisfacer el principio de igualdad sustancial, que ya ha sido estudiado en el capítulo segundo. Al establecer la Constitución el servicio civil de carrera, todos los cargos públicos estarían sujetos a concurso, salvo aquellos en los que, por su peculiar naturaleza, la ley disponga otra cosa (por ejemplo para el caso de funcionarios electos por el voto popular). Con esto se podría crear una garantía institucional suficiente —que en cualquier caso deberá ser desarrollada por la legislación ordinaria— para crear con carácter general el servicio civil, tan necesario en el mejoramiento de nuestra deficiente administración pública.

VI. LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ARTÍCULO 60.)

El artículo 60. de la Constitución mexicana contiene la libertad fundamental de expresión de las ideas en los siguientes términos: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

Respecto al texto de este artículo, la primera cuestión que llama la atención es que parece dirigirse solamente a las autoridades administrativas y judiciales, pero no a las legislativas. Una regulación muy diferente se encuentra, por ejemplo, en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que establece: “El Congreso no hará ley alguna... que coarte la libertad de palabra o de imprenta...”.

Ahora bien, en virtud de que la libertad de expresión está incorporada en varios tratados internacionales de derechos humanos que son derecho vigente en México, la obligación de respetarla debe entenderse como aplicable también a los poderes legislativos.

La libertad de expresión es una de las condiciones esenciales de cualquier régimen democrático; en otras palabras, la libertad de expresión es condición necesaria (aunque no suficiente, desde luego) para que se pueda considerar que en un determinado país hay democracia.

La posibilidad de que todas las personas participen en las discusiones públicas es uno de los bienes máspreciados para una sociedad, y constituye el presupuesto necesario para la construcción de una “racionalidad discursiva” (Habermas), que permita la generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero que también constituya un

cauce para la expresión de los disensos, que en democracia son tan naturales (y necesarios) como los acuerdos.

La deliberación pública realizada en libertad es una de las características de los modernos regímenes democráticos.⁹¹ En palabras de Ignacio Villaverde, “en los Estados democráticos, la libre discusión es un componente jurídico previo a la toma de una decisión que afecta a la colectividad, e inexcusable para su legitimación... Sin una discusión libre no es posible una realización cabal del Estado democrático”.⁹²

La libertad de expresión es lo que permite la creación de la opinión pública, esencial para darle contenido a varios principios del Estado constitucional, como lo son algunos derechos fundamentales (por ejemplo el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política); la existencia de una opinión pública libre y robusta también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa.

El intercambio de opiniones e informaciones que se origina con la discusión pública contribuye a formar la opinión personal, la cual, al juntarse con las de los demás integrantes de la comunidad, conforma la opinión pública, que acaba manifestándose (a través, entre otros, de los canales de la democracia representativa) como voluntad *jurídica* del Estado.⁹³

Respecto a la institución de la opinión pública, el Tribunal Constitucional español sostuvo en una de sus primeras sentencias que sin una comunicación pública libre, “quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática... que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política” (Sentencia 6/1981).

En otro pronunciamiento, el mismo Tribunal califica a la opinión pública como una institución política esencial, “indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático” (Sentencia 12/1982).

El propio Tribunal afirma que “El principio democrático... presupone... el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos” (Sentencia 159/1986).

⁹¹ Al respecto, Elster, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2000.

⁹² Villaverde, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994, pp. 30 y 31.

⁹³ *Ibidem* , p. 18.

La libertad de expresión aparece consagrada en los primeros textos del constitucionalismo moderno.⁹⁴ Así, por ejemplo, la Declaración francesa de 1789 recogió la libertad de expresión, en su artículo 11, con las siguientes palabras: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley”.

1. Prohibición de censura

La libertad de expresión tiene como consecuencia la prohibición de toda forma de censura, en un doble sentido: *a) no se puede censurar a los interlocutores en cuanto sujetos dotados de la posibilidad de participar en los debates de la res publica; y b) no se pueden tampoco censurar —al menos de forma previa— los contenidos posibles de la discusión: en principio, todos los temas son discutibles dentro de una democracia y por tanto sobre todos ellos se proyecta la libertad de expresión.*⁹⁵

La no censurabilidad de los sujetos tienen carácter prácticamente universal: nadie puede ser privado de la libertad de hablar y expresarse como mejor le parezca; la no censurabilidad de los contenidos, si bien no opera de forma previa, según se acaba de mencionar, sí encuentra en el sistema jurídico mexicano algunas limitaciones; como toda libertad, se debe ejercer con responsabilidad y está sujeta a límites. Ahora bien, dichas limitaciones lo son no porque impidan ciertas expresiones, sino porque de ellas se puede desprender algún tipo de responsabilidad; es decir, toda persona puede emitir las expresiones que quiera, pero en algunos casos tendrá que enfrentar responsabilidades, como se verá más adelante.

Sobre la censura escribió Alexis de Tocqueville en *La democracia en América* lo siguiente:

En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es 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

⁹⁴ Sobre los primeros pasos de la libertad de expresión, *cfr.* Villaverde, Ignacio, “Introducción histórica a las libertades de información y expresión”, en VV. AA., *La libertad de información y expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2002, pp. 13-43.

⁹⁵ Una visión de carácter general sobre la censura puede verse en Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2002, pp. 215 y ss.

apreciar los diferentes hechos cuyo conocimiento puede guiarle. La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son, pues, dos cosas enteramente correlativas: la censura y el voto universal son, por el contrario, dos cosas que se contradicen y no pueden encontrarse largo tiempo en las instituciones políticas de un mismo pueblo.⁹⁶

Tradicionalmente, el concepto de censura previa implicaba una prohibición para la autoridad administrativa, que no podía imponer la necesidad de contar con una autorización previa para expresar o imprimir determinados documentos. Censura previa era, desde este punto de vista, el hecho de tener que contar con esa autorización. Hoy en día, sin embargo, los teóricos han ampliado ese concepto de modo que actualmente por censura se entiende “toda forma de control o restricción, tanto anterior como posterior a la emisión del pensamiento, e incluye a las imposiciones ideológicas generadoras de sanciones motivadas por su incumplimiento”.⁹⁷ De acuerdo con este concepto, pueden ser múltiples las formas que adopte la censura. Badeni enumera prolíjamente las siguientes formas:

El monopolio de los medios de difusión; las subvenciones gubernamentales a ciertos medios de difusión en detrimento de otros y con el deliberado propósito de modificar o cercenar su línea editorial; la violación del secreto profesional que asiste a los periodistas; la difusión obligatoria de ciertas ideas, conceptos o acontecimientos; la publicación coactiva de cierta propaganda, noticia u opinión; la prohibición de crear nuevos medios de difusión; supeditar a la autorización gubernamental el establecimiento de los medios de comunicación; los privilegios o restricciones impuestas por el gobierno para emplear la tecnología de la comunicación; las trabas para la producción o importación de elementos necesarios para el funcionamiento o la modernización de los medios técnicos de comunicación; la aplicación de medidas fiscales que obstaculicen deliberadamente el normal funcionamiento de los medios de difusión, o que persigan alentar o desalentar a ciertos medios o a ciertas ideas; la presión coactiva sobre la orientación y la información de los órganos de difusión; la prohibición de difundir ciertas ideas; la intervención gubernamental de las empresas periodísticas; la intervención preventiva de cualquier autoridad pública, inclusive la judicial; todo procedimiento encaminado a estorbar o impedir la difusión de ideas; toda disposición que prohíba una publicación o establezca obligatoriamente su contenido contra la voluntad del emisor; toda medida fiscal discriminatoria para la actividad de la prensa; la exigencia de una caución para la cobertura de responsabilidades ulteriores.⁹⁸

⁹⁶ *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 199. Como se sabe, el libro de Tocqueville fue originalmente publicado en francés en 1835.

⁹⁷ Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., p. 215.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 216.

Entre las formas típicas de ejercer la censura, aparte de las ya mencionadas en el párrafo anterior, se encuentra la clausura de los medios de comunicación⁹⁹ o el secuestro de las publicaciones;¹⁰⁰ en relación con el secuestro, debe afirmarse con toda contundencia que es posible realizarlo —en algunos casos extremos— solamente como medida cautelar y siempre mediante una orden judicial correctamente fundada y motivada, pero que sería inconstitucional —con independencia del tipo de autoridad que lo decretara— si se impone como sanción. En todo caso el secuestro de la publicación no podrá implicar, de acuerdo con la Constitución mexicana en su artículo 7o., el secuestro de la imprenta, entendiendo por tal todos los instrumentos que sean necesarios para llevar a cabo cualquier tipo de expresión (no nada más en forma impresa, sino incluso a través de instrumentos tecnológicos, con lo cual la protección constitucional estaría dotada de una gran amplitud y protegería además de la imprenta a un disco de computadora, a la propia computadora, a una cámara de televisión o a un estudio de producción de materiales audiovisuales).

La libertad de expresión y la prohibición de la censura previa no significan que no pueda haber reglas para el ejercicio de dicha libertad. Sin embargo, las reglas deben ser tales que la libertad siga teniendo sentido; como señala el Comité de Derechos Humanos de la ONU, “cuando un Estado parte considera procedente imponer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión éstas no deberán poner en peligro ese derecho en sí mismo”.¹⁰¹

Por ejemplo, no sería inconstitucional una regulación que estableciera el nivel máximo de decibeles que puede tener un concierto en un parque; pero sí lo sería si se prohibiera a quienes profesan una cierta religión reunirse en ese mismo parque para hablar sobre sus creencias.¹⁰²

También sería inconstitucional que una agencia del gobierno estableciera mecanismos calificadores de las publicaciones para efectos distintos a los de la protección de la infancia; por ejemplo, si la clasificación tuviera por objeto considerar a ciertos libros como obscenos, indecentes o impuros, pues en tal caso el efecto de dicha clasificación, aunque no conlleve la prohibición directa para imprimir o vender tales obras, podría resultar en una pérdida no justifica-

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 233 y ss.

¹⁰⁰ *Idem*. Para este autor, “El secuestro y la prohibición de venta y circulación de material periodístico informativo destinado a difundir hechos u opiniones, es un acto de censura en la medida en que coarta al proceso de comunicación social” (p. 240).

¹⁰¹ Observación General núm. 10, 19o. periodo de sesiones, 1983, párrafo 4; consultable en Carbonell y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, p. 403.

¹⁰² El ejemplo está tomado de Smolla, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992, p. 43.

da de lectores y en un perjuicio no legítimo para quienes los escriben, los producen y los venden.¹⁰³

En términos generales, y a reserva de lo que se dirá más adelante al estudiar el tema de los límites a la libertad de expresión, puede afirmarse que la regulación de la misma se puede hacer de tres formas:¹⁰⁴

1. Regulando el discurso de forma neutral con respecto al contenido; se trataría del caso en el que el gobierno decidiera que no se pueden utilizar altavoces en los parques después de la medianoche o que quien quiera acceder a una determinada página de Internet debe recabar el permiso expreso de quien la administra o quien es su propietario. Esa regulación es neutral con respecto al contenido porque los afecta a todos por igual, pero no los nulifica por completo, sino que los somete a ciertas modalidades.
2. Regulando el discurso de forma que se tenga en cuenta el contenido del mismo, pero sin que se discrimine ningún posible punto de vista. Un ejemplo de este tipo de regulación sería cuando el gobierno decide prohibir que se ponga publicidad en el metro; caería en el mismo supuesto una regulación por medio de la cual se establecieran salvaguardas para que los menores de edad no tuvieran acceso a las páginas de Internet con contenidos sexualmente explícitos. En estos casos, las modalidades del discurso (qué es lo que se dice o en dónde se quiere decir) son muy relevantes, pero la regulación afecta por igual a todos los puntos de vista, sin castigar a ninguno en concreto.
3. Regulando un punto de vista que no es del agrado del gobierno o que le causa temor. Es la forma de regulación más sospechosa y, en términos generales, debe ser considerada inconstitucional.

En cualquier caso, hay que insistir en el hecho de que toda regulación debe respetar el contenido del derecho a expresarse libremente; en ese sentido, por ejemplo, no sería constitucional una regulación por medio de la cual se dijera que el uso de los lugares públicos (de las calles o los parques, por ejemplo) para actividades expresivas solamente se puede realizar entre las ocho y las ocho y media de la noche.¹⁰⁵ Esta regulación —incluso considerando que respeta to-

¹⁰³ Este fue el criterio de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Bantam Books vs. Sullivan*, resuelto el 18 de febrero de 1963.

¹⁰⁴ Sigo lo expuesto por Sunstein, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 148 y ss.

¹⁰⁵ Tomo el ejemplo de Sunstein, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, cit., p. 150.

dos los puntos de vista y no discrimina a ninguno de ellos, y tomando en cuenta que regula solamente la modalidad temporal de la expresión— sería inconstitucional porque cierra de hecho la posibilidad misma de expresarse, sometiendo a una limitación no proporcional el ejercicio del derecho.

La prohibición de la censura previa no impide que el Estado pueda establecer un sistema de clasificación para las transmisiones de los medios de comunicación, los espectáculos públicos o ciertas publicaciones, tal como lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13.4 y según lo ha reconocido una importante sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰⁶

La prohibición de censura se aplica a todo tipo de contenidos, por lo cual también están protegidos, por ejemplo, los programas cómicos o los anuncios comerciales. Con respecto a estos últimos, sin embargo, el Estado puede imponer tanto modalidades como restricciones en el caso de que pudieran resultar necesarias con el fin de proteger otro derecho fundamental. Pensemos en la muy extendida prohibición para hacer publicidad de tabaco en la televisión. ¿Cómo puede justificarse constitucionalmente? Un argumento razonable podría sostener que dicha prohibición se justifica en virtud de que está científicamente probado que el consumo de tabaco daña gravemente la salud y al estar constitucionalizado el mandato de protección de la salud, dicha prohibición podría tener sustento constitucional y no ser violatoria del artículo 6º de la carta magna que protege la libertad de expresión.

La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que la prohibición de censura se aplica también a los anuncios y que no serían constitucionales las prohibiciones para no difundir anuncios referidos a la realización de abortos o en los que se publicita el precio de los medicamentos (*Bigelow vs. Virginia* de 1975 y *Virginia St. Bd. Of Pharm vs. Virginia Cit. Cons. Council* de 1976). Ahora bien, desde mi punto de vista no sería inconstitucional una norma que prohibiera la emisión de anuncios promocionando la venta de medicamentos que requieran receta médica para su venta, ya que en rigor no se trata de productos comerciales, sino de bienes que pueden suponer un riesgo para la salud si no se administran bajo la correspondiente vigilancia médica. Como quiera que sea, lo cierto que es que, aunque a la publicidad también se le aplican las reglas de la no censura, su regulación puede ser mayor que otro tipo de discursos, ya que como señala Cass R. Sunstein, no es lo mismo hacer publicidad co-

¹⁰⁶ Caso *Última tentación de Cristo*, párrafo 70. Sobre la regulación de la libertad de expresión en el derecho internacional de los derechos humanos, *cfr.* el apartado 6 “La libertad de expresión en perspectiva comparada y en el derecho internacional de los derechos humanos”, *infra*.

mercial falsa y engañosa que hacer un discurso político falso.¹⁰⁷ Además, la publicidad puede verse limitada como medida para proteger los derechos de los consumidores, que en muchos países (Méjico incluido) están constitucionalmente protegidos.

2. Modalidades de la expresión

En un Estado democrático, no todas las expresiones pueden tener el mismo valor ni gozar, en consecuencia, de la misma protección constitucional. En España, el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha delineado una escala de valores y de correlativas protecciones para distintos tipos de expresión que puede ser útil para comprender los matices en la protección que la carta magna puede dispensar a cada uno de ellos.¹⁰⁸

Así por ejemplo, el *insulto* o los juicios de valor formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de una idea, pensamiento u opinión, carecen de protección constitucional.¹⁰⁹ En otro peldaño se encontrarían las *opiniones*, es decir, los juicios de valor personales que no sean formalmente injuriosos e innecesarios para lo que se quiere expresar, aunque contengan lo que se conoce como “opiniones inquietantes o hirientes”; esta opinión estaría protegida constitucionalmente por la libertad de expresión y podría tener como contenido incluso la ironía, la sátira y la burla. En otro escalón estaría la *información*, entendiendo por tal la narración veraz de hechos, que estaría protegida como regla general, a menos que vulnere otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos (por ejemplo, el honor o la intimidad). En otro nivel estaría la *noticia*, entendiendo por tal la narración veraz de hechos que tienen relevancia pública, ya sea por los hechos en sí mismos, o por las personas que intervienen en ellos; las noticias contribuyen de manera destacada a la creación de la opinión pública libre. Finalmente, encontramos las *falsedades*, es decir, los rumores o insidias que pretenden disfrazarse a través de una narración neutral de hechos y que en realidad carecen por completo de veracidad.

¹⁰⁷ Sunstein, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, cit., p. 143.

¹⁰⁸ Sigo la exposición de Bastida, Francisco J. y Villaverde, Ignacio, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 28 y 29.

¹⁰⁹ Sobre el insulto el Tribunal ha sostenido lo siguiente: “La emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona...” (Sentencia 105/1990).

Como es obvio, la ubicación de una expresión en las anteriores clasificaciones no es fácil; particularmente, como señalan Bastida y Villaverde, hay una amplia zona gris, difícil de delimitar, entre las *informaciones* y las *falsedades*. Como más adelante se explica, en ocasiones puede ser complejo caracterizar el requisito de veracidad (que no de verdad, como lo ha incorrectamente entendido alguna tesis jurisprudencial en México) y sus contenidos para efecto de proteger la libertad de expresión.

Una modalidad de la expresión tiene que ver no con el contenido de la misma, sino con el lugar en el que se lleva a cabo. En este sentido, es importante considerar que un sector especialmente sensible en cuanto a la regulación de la libertad de expresión es aquel en el que de alguna manera interviene el Estado; ese supuesto se puede actualizar cuando la libertad de expresión: *a)* se ejerce en edificios o terrenos propiedad del Estado, *b)* tiene lugar en escuelas públicas, *c)* se trata de propaganda gubernamental, *d)* se regula la libertad de expresión de los empleados gubernamentales; o bien, *e)* la libertad de expresión se ejerce por un particular o por un partido político con cargo a fondos públicos. En todos estos supuestos, así como en muchos otros similares, la regulación es necesaria y el contenido de la libertad de expresión debe ser mantenido, aunque pueda tener matices bajo ciertos supuestos.¹¹⁰

La libertad de expresión que de alguna forma involucra al gobierno debe de estar fuertemente protegida, lo cual supone que su regulación debe ser observada con mucho cuidado. Como afirma Sunstein, “El gobierno no es tan digno de confianza cuando intenta controlar el discurso que puede dañar sus propios intereses; y cuando el discurso es político, éstos casi siempre entran en juego... tenemos motivos de mayor peso para desconfiar de la regulación gubernamental cuando se trata de temas políticos”.¹¹¹

En términos generales la libertad de expresión puede ser ejercida en cualquier espacio público o que esté abierto al público. Esto comprende tanto parques y calles como las vías de acceso a un centro comercial, aunque las propias vías sean propiedad privada y siempre y cuando, como es obvio, no se impida el normal acceso al propio centro comercial.¹¹²

Sobre el tema de las modalidades de la libertad de expresión, a reserva de lo que se verá más adelante en el apartado referido a los límites de la libertad de expresión, la jurisprudencia ha señalado que el hecho de que algunas películas

¹¹⁰ Smolla, Rodney A., *Free Speech...*, cit., p. 44.

¹¹¹ Sunstein, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, cit., p. 147.

¹¹² Sobre la libertad de expresión en los centros comerciales según el criterio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ver su sentencia *Pruneyard Shopping Center vs. Robins*, de 1980.

deban ser transmitidas en versión original, sin tener que ser dobladas al español, no es violatorio de dicha libertad. Se trata de la siguiente tesis:

PELÍCULAS CINEMATOGRÁFICAS EN IDIOMA EXTRANJERO. EL ARTÍCULO 80. DE LA LEY FEDERAL DE CINEMATOGRAFÍA QUE PREVÉ SU EXHIBICIÓN EN VERSIÓN ORIGINAL Y, EN SU CASO, SUBTITULADAS EN ESPAÑOL, CON EXCEPCIÓN DE LAS CLASIFICADAS PARA PÚBLICO INFANTIL Y LOS DOCUMENTALES EDUCATIVOS, QUE PODRÁN EXHIBIRSE DOBLADAS AL ESPAÑOL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 60. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 80. de la Ley Federal de Cinematografía que establece que las películas serán exhibidas en su versión original y, en su caso, subtituladas en español, en los términos que establezca el reglamento respectivo, mientras que las clasificadas para público infantil y los documentales educativos podrán exhibirse dobladas al español, no transgrede la libertad de expresión que como garantía individual consagra el artículo 60. de la Constitución federal, consistente en el derecho de todo individuo de exteriorizar sus ideas por cualquier medio, no sólo verbal o escrito, sino por todo aquel que la ciencia y la tecnología proporcionan, con la única limitante de que quien emita su opinión no provoque situaciones antijurídicas como el ataque a la moral, a los derechos de terceros, cometa un delito o perturbe el orden público. Ello es así, en virtud de que el artículo impugnado permite la exteriorización de las ideas que transmite el autor de la obra a través de diferentes medios, como es la traducción en forma escrita, tratándose de las películas subtituladas filmadas en idioma extranjero o la sustitución del idioma en que originalmente se filmó la película por el idioma español, cuando se trate de películas infantiles y documentales, por lo que el hecho de que tal precepto no contemple como medio de difusión de las ideas, para todo tipo de películas, su traducción verbal al idioma español, no constituye una violación a la garantía constitucional referida. Amparo en revisión 2352/97. United International Pictures, S. de R. L. 6 de marzo de 2000. Mayoría de ocho votos. Disidentes: presidente Genaro David Góngora Pimentel, José Vicente Aguinaco Alemán y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio de 2000, tesis P. LXXXVII/2000, p. 29.

3. Los límites a la libertad de expresión

Las limitaciones que menciona el texto constitucional en su artículo 60. a la libertad de expresión son cuatro: los ataques a la moral, los derechos de tercero, cuando se provoque algún delito o cuando se perturbe el orden público. En virtud de la extrema vaguedad de los supuestos mencionados, su interpretación se debe realizar de forma restrictiva, porque de otro modo no sería nada difícil

conculcar en los hechos —aduciendo un apoyo constitucional poco preciso— la libertad de expresión.

Sobre la poca precisión de los límites establecidos por el artículo 6o. a la libertad de expresión, Jesús Orozco Henríquez apunta que

los términos sumamente vagos, ambiguos e imprecisos en que se encuentran redactadas las limitaciones a la libertad de expresión —sin que la legislación secundaria, ni la jurisprudencia proporcionen un criterio seguro y fijo para establecer en qué casos la libre expresión del pensamiento ataca la moral, los derechos de tercero o perturba el orden público— ha permitido su interpretación y aplicación arbitraria o caprichosa por parte de las autoridades judiciales y administrativas, así como, lo más grave, la abstención frecuente del ciudadano para expresarse por razón de la inseguridad jurídica prevaleciente, ya que se teme que cierta expresión, aun cuando se encuentre protegida en la mayoría de los sistemas democráticos, pueda llegar a considerarse proscrita por los órganos del Estado mexicano...¹¹³

El caso de la “moral” (así, en singular) como límite a la libertad de expresión ilustra muy bien el carácter ambiguo y difícil de determinar del contenido del artículo 6o. constitucional.¹¹⁴ Si se revisa la interpretación que ha hecho el Poder Judicial federal de este término, se comprenderá su potencial inadecuación a un contexto democrático. La Corte ha dicho que:

Dado el carácter variable de la noción de buenas costumbres y de moral pública, según sea el ambiente o grado de cultura de una comunidad determinada, es necesario dejar a los jueces el cuidado de determinar cuáles actos pueden ser considerados como impúdicos, obscenos o contrarios al pudor público. A falta de un concepto exacto y de reglas fijas en la materia de moralidad pública, tiene el juez la obligación de interpretar lo que el común de las gentes entienden por obsceno u ofensivo al pudor, sin recurrir a procedimientos de comprobación, que sólo son propios para resolver cuestiones puramente técnicas, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, primera sala, t. LVI, p. 133.¹¹⁵

¹¹³ “Libertad de expresión”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, p. 361.

¹¹⁴ Para comprender cabalmente las consecuencias de la utilización del término por la Constitución debe verse también el artículo 2o. de la Ley de Imprenta; sobre el tema, López Ayllón, Sergio, “Notas para el estudio de las libertades de expresión e imprenta en México”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000, pp. 546 y ss.

¹¹⁵ Cursivas añadidas. Confróntese este razonamiento, tan pobre, con la argumentación mucho más elaborada y consistente que sobre el tema se contiene en la sentencia 62/1982 del Tribunal Constitucional español.

En otra tesis sobre las limitaciones a los derechos del artículo 6o., aunque haciendo referencia específica al derecho a la información, la Suprema Corte ha sostenido lo siguiente:

DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU EJERCICIO SE ENCUENTRA LIMITADO TANTO POR LOS INTERESES NACIONALES Y DE LA SOCIEDAD, COMO POR LOS DERECHOS DE TERCEROS. El derecho a la información consagrado en la última parte del artículo 6o. de la Constitución federal no es absoluto, sino que, como toda garantía, se halla sujeto a limitaciones o excepciones que se sustentan, fundamentalmente, en la protección de la seguridad nacional y en el respeto tanto a los intereses de la sociedad como a los derechos de los gobernados, limitaciones que, incluso, han dado origen a la figura jurídica del secreto de información que se conoce en la doctrina como “reserva de información” o “secreto burocrático”. En estas condiciones, al encontrarse obligado el Estado, como sujeto pasivo de la citada garantía, a velar por dichos intereses, con apego a las normas constitucionales y legales, el mencionado derecho no puede ser garantizado indiscriminadamente, sino que el respeto a su ejercicio encuentra excepciones que lo regulan y a su vez lo garantizan, en atención a la materia a que se refiera; así, en cuanto a la seguridad nacional, se tienen normas que, por un lado, restringen el acceso a la información en esta materia, en razón de que su conocimiento público puede generar daños a los intereses nacionales y, por el otro, sancionan la inobservancia de esa reserva; por lo que hace al interés social, se cuenta con normas que tienden a proteger la averiguación de los delitos, la salud y la moral públicas, mientras que por lo que respecta a la protección de la persona existen normas que protegen el derecho a la vida o a la privacidad de los gobernados. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, tesis P. LX/2000, p. 74.

De este último criterio —reciente, por cierto— llaman la atención varios aspectos. Uno de ellos es que la Corte inventa limitaciones que no se encuentran en el texto constitucional; tal es el caso de los “intereses nacionales” o el “interés social”. A una conclusión distinta se habría llegado si los ministros, siguiendo las ideas de Ronald Dworkin, consideraran que los derechos fundamentales son, justamente, *triunfos frente a la mayoría*, por lo que contra ellos no es posible invocar ningún tipo de interés suprapersonal para limitarlos, a menos que dicho interés esté recogido en una norma del mismo rango que la que establece el derecho, o que dicha limitación sea esencial para preservar otro derecho fundamental.

Dworkin considera que “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”.¹¹⁶

En el mismo sentido, autores como Luigi Ferrajoli o Ernesto Garzón Valdés consideran que los derechos fundamentales conforman la esfera de lo no decible por ninguna mayoría, puesto que constituyen una especie de “coto vedado”, cuya limitación o afectación no puede llevar a cabo ninguna mayoría (ni siquiera por unanimidad, diría Ferrajoli), y mucho menos por cuestiones tan etéreas como lo pueden ser el “interés nacional” o el “interés social”.¹¹⁷

De hecho, lo anterior, que vale para cualquier derecho fundamental, es especialmente importante en el campo de la libertad de expresión. Por ello algunos tribunales constitucionales han sostenido el “valor preferente” de tal libertad frente a otros derechos fundamentales. Tal es el caso del Tribunal Constitucional español, el cual entiende que la vinculación de la libertad de expresión con el pluralismo político le otorga “una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales” (Sentencia 104/1986).

Francisco J. Laporta, recordando un argumento de Alexander Meiklejohn, escribe que “la libertad de expresión *no* es una libertad *más* que pueda ponerse en la balanza al lado de otras libertades posibles para pesarla y contrapesarla con ellas, prevaleciendo en unos casos y quedando limitada en otros... No es una entre otras libertades, sino el fundamento de todo el orden político”.¹¹⁸

El propio Laporta define a la “posición preferente” del derecho a la información en materia de control de constitucionalidad como “aquella tendencia jurisprudencial que afirma que cuando el derecho a informar libremente entra en conflicto con otros derechos, aunque sean derechos fundamentales, tiende a superponerse a ellos. Esa posición es lo que explica que aspectos del derecho a la intimidad y al honor de las personas *públicas* deban ceder ante el interés de la información”.¹¹⁹ El Tribunal Constitucional español se ha referido a la posición preferente de la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales en los siguientes términos:

¹¹⁶ *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 37.

¹¹⁷ Ver Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho” y “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001; Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia”, en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹¹⁸ “El derecho a la información y sus enemigos”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997, p. 14.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor, aquélla goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturizado ni incorrectamente relativizado [sentencias 106/1986 y 159/1986].

Si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren, por las personas que en ellas intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. En este caso el contenido del derecho de libre información alcanza su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información [Sentencia 107/1988].

Volviendo al tema de la moral como límite a la libertad de expresión, hay en la jurisprudencia mexicana algunos otros pronunciamientos que merecen citarse. Por ejemplo, uno del Segundo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, que en 1976 sostuvo que

Es obvio que la conducta moral, tanto en el ámbito de las actividades referentes a la perpetuación de la especie y al placer sexual, como en cualquiera otro ámbito, exige que las inclinaciones egoístas o utilitarias y los impulsos meramente carnales o fisiológicos no se desenvuelvan ni desplieguen sin directivas ni limitaciones, ni sean incondicionalmente aceptados o aprobados, menos aún elogiados y estimulados sin restricción alguna, ya que tales impulsos e inclinaciones deben ser dirigidos y encauzados, por medio del predominio de la razón sobre los apetitos y las pasiones... Si el sentenciador está obligado a conocer el derecho, su deber se extiende también, sin duda alguna, al conocimiento adecuado de esos conceptos éticos [se refiere a conceptos como los de "mala conducta", "conducta depravada", "pudor", "honestidad", que son explícitamente citados en las tesis que se comenta] que cabe estimar comprendidos dentro de la cultura propia del órgano que aplica la ley. En tales condiciones, no se trata, como erróneamente se afirma con cierta frecuencia, de imponer el personal criterio de valoración moral que tenga el juzgador, sino de que el fallo, en negocios de esta índole, debe apegarse a las directivas y a los criterios éticos en que se inspira el derecho positivo. Por tanto, si una revista, aparte de contener varios artículos en que reiteradamente se emplea un lenguaje procaz e impudico, reproduce en abundancia fotografías con escenas y actitudes obviamente eróticas,

mediante las cuales no se pretende propiciar, en quien las contemple, el goce estético, en el que predomina el elemento espiritual sobre el puramente sensible, sino que los cuerpos desnudos se presentan con el claro propósito de excitar el placer sólo en el plano meramente carnal o fisiológico, resulta innegable que es correcta la resolución reclamada, que calificó de ilícita la revista, por ser contraria a la moral.¹²⁰

Como se puede apreciar, es una tesis que, aunque explícitamente lo niega, viene a poner de manifiesto el riesgo de arbitrariedades y actuaciones autoritarias de parte de los poderes públicos que se esconde tras conceptos como los de moral u orden público. Respecto a las consideraciones que, en relación al disfrute sexual y a los impulsos “meramente carnales o fisiológicos”, se contienen en el fallo, no vale la pena hacer mayor comentario. Basta decir que, desde luego, no se trata de la página más brillante que se ha escrito en la historia del Poder Judicial federal.

Aparte de las mencionadas en el artículo 60., otras limitaciones a la libertad de expresión derivan del artículo 3o. constitucional que, interpretado *a contrario sensu*, indica que la educación no podrá favorecer los privilegios de raza, religión, grupos, sexos o individuos. Esta disposición supone un límite para todos los que intervienen en los procesos educativos. En sentido parecido, el artículo 130 constitucional dispone que los ministros de los cultos religiosos no podrán oponerse, en los actos de culto o en publicaciones de carácter religioso, a las leyes e instituciones del país.¹²¹

Finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (conocida como Pacto de San José) establece en su artículo 13 que la ley deberá prohibir “toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.¹²²

¹²⁰ Séptima época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 87, sexta parte, p. 58; el rubro de la tesis es el siguiente: “Moral, publicaciones contrarias a la. Criterios éticos contenidos en nuestro derecho positivo”.

¹²¹ Villanueva, Ernesto, *Derecho mexicano de la información*, México, Oxford University Press, 2000, pp. 34 y ss.

¹²² Un repaso a los instrumentos internacionales en la materia puede verse en Carpizo, Jorge, “Constitución e información”, en su libro *Nuevos estudios constitucionales*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000, pp. 403 y ss.

4. *Libertad de expresión y medios de comunicación*

La libertad de expresión, para ser ejercida en nuestros tiempos, requiere de la posibilidad de que los particulares creen medios de comunicación. En general, y ya desde hace al menos un siglo y medio, no han existido trabas en los Estados democráticos para crear medios de comunicación impresa (los principales periódicos de las grandes capitales europeas surgen casi todos en la segunda mitad del siglo XIX). Un debate más intenso se ha producido, sin embargo, en el tema de los medios electrónicos de comunicación. El control de los medios electrónicos ha sido una de las formas más obvias de ejercer el dominio político por parte del partido hegemónico que gobernó México durante 70 años. La imagen del gobierno (casi) siempre estuvo protegida por medios que le eran afines, con cuyos dueños el partido en el poder intercambiaba todo tipo de beneficios y prebendas a cambio de un trato favorable.

La regulación constitucional de los medios electrónicos de comunicación en México es bastante escueta. De hecho, como señala Ernesto Villanueva, “el marco jurídico de los medios electrónicos carece de previsión a nivel constitucional”.¹²³

Sin embargo, a dichos medios sí les son aplicables las reglas generales que ya hemos revisado en materia de libertad de expresión y las que más adelante estudiaremos sobre la libertad de imprenta (entendida ésta en sentido amplio) y sobre el derecho a la información. También les son aplicables las reglas generales que sobre regulación de la propiedad y otorgamiento de concesiones prevén el artículo 27 y el párrafo cuarto del artículo 28, ambos constitucionales. Este último precepto señala, por lo que interesa a nuestro tema, que la comunicación vía satélite es un área prioritaria para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 constitucional; el Estado ejerce sobre ella su rectoría, pero puede otorgar concesiones o permisos, o incluso establecer el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia. También el mismo artículo 28, en su antepenúltimo párrafo, contiene una previsión general sobre otorgamiento de concesiones, no referida únicamente a los medios electrónicos de comunicación, en los siguientes términos:

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concedionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio directo de la Federación, salvo las excepciones que las mismas preven-

¹²³ Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, IIJ-UNAM, 1998, p. 59; *id.*, *Derecho mexicano de la información*, cit., p. 55.

gan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

En la medida en que los medios electrónicos de comunicación utilizan el espacio aéreo para transmitir por ondas radioeléctricas o por vía satélite sus señales, les es también aplicable el artículo 42 constitucional, que en su fracción VI señala como parte integrante del territorio nacional “El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional”. En referencia a este espacio, el párrafo cuarto del artículo 27 constitucional, en su parte final, lo considera del dominio directo de la nación, por lo que le es aplicable el antepenúltimo párrafo del artículo 28 constitucional ya transcritó.

El artículo 20. constitucional, en su apartado B fracción VI, contiene una disposición específicamente aplicable a los pueblos indígenas en relación con los medios de comunicación. Dicho precepto dispone que las autoridades federales, locales y municipales tienen la obligación de: “VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen”.¹²⁴

Del principio de libertad de expresión, algún pronunciamiento jurisprudencial ha deducido el derecho a crear medios de comunicación, si bien de forma limitada. Se trata del siguiente criterio:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. RADIODIFUSORAS. CONCESIONES. Conforme al artículo 60. constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa. Ello se deriva de que, conforme a la filosofía que inspira nuestra Constitución, el individuo tiene una esfera de derechos que la autoridad no puede tocar, y esa esfera incluye la libertad de expresión, de comunicarse ideas. La libre expresión es básica para que pueda pensarse siquiera en la existencia de un sistema democrático, en el que la soberanía radica en el pueblo, y en el que las autoridades sólo pueden hacer aquello que el pueblo las ha facultado para hacer, en la propia Constitución. Y la inclusión de un derecho en ésta no implica que el Estado lo haya concedido a los ciudadanos, sino que éstos se lo reservaron y decidieron garantizar su ejercicio mediante la inclusión expresa de ese derecho en la propia ley fundamental, pues la Constitución otorga la garantía, no el derecho (artículos 1o. y

¹²⁴ Cfr., sobre el tema, las observaciones de Cossío, José Ramón y otros, *Derechos y cultura indigenas. Los dilemas del debate jurídico*, México, M. A. Porrúa, 1998, pp. 213 y ss.

39). Y esa libertad de expresar las ideas y de comunicarlas, incluye lógicamente también las ideas filosóficas, científicas, artísticas, religiosas, etcétera, y todas las formas y maneras como esas ideas y expresiones artísticas pueden difundirse, lo que incluye la poesía, la música, etcétera. Ahora bien, la libertad constitucional de expresar ideas debe incluir necesariamente la libertad constitucional de utilizar libremente todos los medios de expresión, sean palabras o conductas, en cuanto puedan difundir ideas. Y esto incluye necesariamente también los medios masivos de difusión. Pues *sería absurdo, en la sociedad contemporánea, que sólo la palabra hablada o escrita en forma individual estuviera constitucionalmente protegida, dejando al arbitrio o monopolio de las autoridades el uso, a su antojo, de los medios masivos de comunicación modernos, como son la prensa, el radio y la televisión.* Y así como sería tiránico pensar que la autoridad legislativa secundaria o que la autoridad administrativa pudiesen limitar el número de publicaciones en el país, o en una región del país, a título de proteger económicamente a los empresarios de las publicaciones limitativamente permitidas, con lo que se favorecería un monopolio de la información, así también *resulta contrario a la libertad constitucional, en principio, que se limite el uso de los canales de radio y televisión con vista a proteger el interés mercantil de las emisoras limitativamente permitidas.* Sin embargo, como por las características de estos medios de comunicación, el número de canales utilizables tienen un límite técnico, es claro que el Congreso puede reglamentar el uso de esos canales, y concederlo, ya que se trata, además, del uso del espacio territorial y del medio en que se propagan las ondas electromagnéticas, como lo afirma el artículo 1o. de la Ley de Radio y Televisión. Y como esos medios masivos de comunicación constituyen una actividad de interés público, el Congreso y las autoridades administrativas deben vigilarla y protegerla, para el debido cumplimiento de su función social. Pero, atento todo lo que se lleva dicho, esa vigilancia y ese cuidado no deben tender a limitar el número de canales en uso, con el objeto de proteger las utilidades mercantiles de quienes han obtenido una concesión, sino que debe ejercerse de manera que puedan ser utilizados todos los canales, independientemente de la conveniencia mercantil de los primeros concesionarios con miras a que haya los máximos elementos posibles de difusión de ideas por esos medios, lo cual redundará en beneficio de los fines que se persiguen garantizando la libertad de expresión: una vida democrática más plena, y también una vida más plena en los terrenos artísticos, filosófico, de simple diversión, etcétera. Y sólo cuando esos altos fines puedan resultar afectados, es cuando se podrían limitar, razonando esto cuidadosamente, los canales utilizables. Lo que las autoridades deben combatir es el monopolio monocromático de esos medios masivos de comunicación. Y *la única razón para prohibir el uso de nuevos canales, o para cancelar las concesiones y permisos de canales en uso, será el evitar que se forme un monopolio que coarte la libertad de expresión, o impedir que los canales utilizables queden en manos de personas poco serias, que pudieran atacar indebidamente la moral o atacar indebidamente la vida privada de las personas, cuando esas personas no sean públicas y cuando los ataques no tengan justificación constitucional.* Entender de otra forma la inten-

ción de la ley en el otorgamiento de concesiones y permisos, sería darle un contenido contrario a las disposiciones del artículo 60. constitucional. Por otra parte, cuando se va a otorgar una concesión, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes debe hacer los estudios pertinentes, que deben referirse a los requisitos legales a satisfacer, a la seriedad de la instalación y de su programación y funcionamiento, y sobre todo, a que no se constituyan monopolios monocromáticos de tan importantes medios masivos de difusión, pues aun las estaciones comerciales difunden una ideología ciertamente, de manera directa o indirecta, al través del contenido de sus programas y anuncios. Y ese estudio que formulen las autoridades debe darse a conocer íntegramente a las personas e instituciones que pudieran resultar afectadas, para que estén en oportunidad real de presentar sus objeciones, en términos del artículo 19 de la Ley Federal de Radio y Televisión, en relación con el artículo 14 constitucional; se violaría la garantía de audiencia de esos posibles afectados si tuvieran que formular sus objeciones a ciegas, sin conocer en su plenitud todos los elementos del estudio hecho por las autoridades. Por último, sobre esas objeciones las autoridades deben resolver en forma fundada y motivada, pues el artículo 16 constitucional exige que se funden y motiven las resoluciones que puedan causar alguna molestia a los gobernados, en sus derechos. O sea que aunque las autoridades deban resolver a su libre juicio, esto no quiere decir que puedan resolver caprichosamente y derogando la garantía constitucional de fundamentación y motivación, ni que su juicio quede exento del control constitucional del juez de amparo, en términos del artículo 103, fracción I, de la Constitución federal. Y si las autoridades no formularen los estudios pertinentes, o no los dan a conocer a los interesados, habrá que mandar reponer el procedimiento administrativo. Y si no fundan y motivan su resolución, incluyendo el rechazo de las objeciones, de manera que se trate de una violación formal (omisión absoluta de motivación o de fundamentación en ese aspecto), se deberá mandar reponer la resolución reclamada. Séptima época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 109-114, sexta parte, p. 120. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, amparo en revisión 721/77, Victoria Graciela Alba de Llamas y coagredidos. 25 de enero de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Víctor Manuel Alcaraz Briones.

Muy parecidos al anterior, en la forma y en la materia, son los pronunciamientos que siguen:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA CARECE DE FACULTADES PARA RESTRINGIRLA (CONCESIONES DE RADIO Y TELEVISIÓN). Es derecho inalienable de los particulares el de manifestar sus ideas y exigir información y si la libertad de expresión, o sea, de expresar y recibir ideas, ha de tener algún sentido democrático y si la televisión y la radiodifusión son los medios más poderosos para la divulgación de ideas políticas, científicas y artísticas, en cuyos campos no cabe de ninguna ma-

nera ni la más pequeña posibilidad de intromisión del gobierno como censor, resulta absolutamente infundada la pretensión de que la autoridad administrativa esté facultada para manejar a su albedrío o a su capricho y conveniencia, las concesiones de radiodifusión, con lo cual uno de los medios más poderosos de expresión de ideas políticas, científicas y artísticas, quedaría sujeto a su sola voluntad, sin control alguno por el Poder Legislativo, para darle lineamientos a los que deba ceñirse en su actuación, o sin control por el Poder Judicial, el que tiene el derecho y la obligación constitucional de analizar todos los actos de las autoridades administrativas que puedan lesionar en alguna forma los derechos constitucionales de los particulares, de los cuales, uno de los más importantes, si no es el que más, lo constituye la libertad de expresión de ideas políticas, científicas o artísticas, como se ha dicho, sin que pueda ser suficientemente repetido. Séptima época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 169-174, sexta parte, p. 119.

RADIO Y TELEVISIÓN. OTORGAMIENTO DE CONCESIONES. El artículo 60. constitucional vino a garantizar explícitamente el derecho a la información, que ya está implícito en todo sistema democrático, puesto que el voto de los ciudadanos tiene derecho a ser un voto informado y no un voto a ciegas. Y habiendo derecho a la información, es de verse que *en los tiempos actuales las radiodifusoras y las estaciones de televisión son uno de los medios más poderosos de expresar ideas y de transmitir información, por lo que también es manifiesto que las autoridades no pueden limitar el uso de los canales o frecuencias disponibles, para establecer un floreciente negocio comercial (con el pretexto de evitar competencia ruinosa en esta materia), ni para establecer un monopolio monocromático o tendencioso de la información y de la difusión de ideas y cultura en general*, protegidas por el artículo 60. constitucional también. Ni podría la ley ordinaria darles tales facultades, contra el espíritu y contenido de las garantías constitucionales. *Por las mismas razones, cuando las autoridades se ven obligadas, sólo por la saturación física de las frecuencias disponibles, a limitar el uso de radiodifusoras o estaciones de televisión, es claro que se deben ceñir a los dictados del interés común, que está en la difusión de la máxima diversidad de ideas informativas y culturales.* Y es claro también que en ese aspecto de control y limitación, deben actuar con facultades arbitrales reguladas por la ley, y no con facultades discrecionales no sujetas a control constitucional, que les otorgarían un poder despótico antidemocrático, y también es claro que las resoluciones que dicten escogiendo a un concesionario entre varios, deberán estar cuidadosamente fundadas y motivadas, y que deben exponerse en ellas claramente, al alcance de todos y sin términos esotéricos, las razones que, al establecer las comparaciones necesarias entre las características de las diversas solicitudes, hacen que una de ellas sea mejor para el interés común, así como también deben dar a conocer a todos los solicitantes las características de las demás solicitudes y estudios técnicos formulados por ellas o por los interesados, a fin de que no sólo no haya una selección despótica, sino de que también haya oportunidad de defensa para los afectados, ya que éstos malamente podrán objetar adecuadamente una elección cuyas razones no se les han

dado a conocer. Pero también es de verse que si uno de los concesionarios ofrece más material informativo o de contenido formativo, cultural o político, y otro ofrece más material ligero o intrascendente el interés común, en principio y salvo prueba en contrario, favorece al primero frente al solicitante de espíritu más comercial. Y también es de verse que la diversidad de concesionarios favorece, en principio y salvo prueba en contrario, una mejor difusión de información, una más amplia gama de ideas y, por lo mismo, los monopolios de estos medios de información resultan en un adocenamiento contrario al interés público. Luego, en principio y salvo prueba en contrario, se debe siempre favorecer al solicitante nuevo frente al ya establecido, con miras al interés común en que haya diversidad ideológica en el uso de los medios de información y difusión de cultura que utilizan las ondas electromagnéticas. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, amparo en revisión 654/78. Amín Simán Habib. 13 de diciembre de 1978. Mayoría de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Víctor Manuel Alcaraz Briones. Séptima época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 115-120, sexta parte, p. 141.

En la jurisprudencia constitucional comparada este tipo de pronunciamientos no son extraños. Han sido varios los tribunales constitucionales que entienden que la libertad de expresión exige el derecho a crear medios de comunicación, en tanto que son los instrumentos necesarios para hacer de esa libertad algo más que una mera entelequia; es decir, la prohibición para poder crear medios de comunicación puede violar la libertad de expresión. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que el derecho a difundir las ideas y opiniones comprende también, al menos en principio, el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible (sentencias 206/1990, 119/1991, 31/1994 y 127/1994).¹²⁵

En particular, la Sentencia 127/1994 entiende que

la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a los particulares, en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales, no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales, y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en ejercicio de su derecho general de libertad.

De la misma contundencia de los pronunciamientos mencionados participa la Constitución colombiana, la cual protege en su artículo 20 la libertad de fun-

¹²⁵ Rodríguez Bereijo, Álvaro, “La libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997, p. 7.

dar medios masivos de comunicación, luego de mencionar la protección a las libertades de expresión y de imprenta.

En la legislación mexicana sobre medios de comunicación, existen algunas limitaciones a la libertad de expresión; por ejemplo, en el artículo 63 de la Ley Federal de Radio y Televisión se establece que

Quedan prohibidas todas las transmisiones que causen la corrupción del lenguaje y las contrarias a las buenas costumbres, ya sea mediante expresiones maliciosas, palabras o imágenes procaces, frases y escenas de doble sentido, apología de la violencia o del crimen; se prohíbe, también, todo aquello que sea denigrante u ofensivo para el culto cívico de los héroes y para las creencias religiosas, o discriminatorio de las razas; queda asimismo prohibido el empleo de recursos de baja comicidad y sonidos ofensivos.

En el Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión¹²⁶ también hay algunos preceptos que guardan relación con la libertad de expresión, como por ejemplo los siguientes:

Artículo 36. Queda prohibido a los concesionarios, permisionarios, locutores, cronistas, comentaristas, artistas, anunciantes, agencias de publicidad, publicistas y demás personas que participen en la preparación o realización de programas y propaganda comercial por radio y televisión lo siguiente:

I. Efectuar transmisiones contrarias a la seguridad del Estado, a la integridad nacional, a la paz o al orden público;

II. Todo aquello que sea denigrante y ofensivo para el culto de los héroes o para las creencias religiosas, así como lo que, directa o indirectamente discrimine cualesquiera razas;

III. Hacer apología de la violencia, del crimen o de vicios;

IV. Realizar transmisiones que causen la corrupción del lenguaje y las contrarias a las buenas costumbres, ya sea mediante palabras, actitudes o imágenes obscenas, frases o escenas de doble sentido, sonidos ofensivos, gestos o actitudes insultantes, así como recursos de baja comicidad;

V. La emisión de textos de anuncios o propaganda comercial que requiriendo la previa autorización oficial, no cuenten con ella;

VI. Alterar sustancialmente los textos de boletines, informaciones o programas que se proporcionen a las estaciones para su transmisión con carácter oficial;

VII. Presentar escenas, imágenes o sonidos que induzcan al alcoholismo, tabaquismo, uso de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas;

VIII. Transmitir informaciones que causen alarma o pánico en el público;

¹²⁶ De acuerdo con las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de octubre de 2002.

Artículo 37. Se considera que se hace apología de la violencia, el crimen o los vicios en los siguientes casos:

- I. Cuando se excite al desorden, se aconseje o se incite al robo, al crimen, a la destrucción de bienes o se justifique la comisión de los delitos o a sus autores;
- II. Cuando se defiendan, disculpen o aconsejen los vicios;
- III. Cuando se enseñe o muestre la forma de realizar delitos o practicar vicios, sin demostrar durante la transmisión las consecuencias sociales adversas de esos hechos.

Artículo 44. Los comerciales filmados o aprobados para la televisión, nacionales o extranjeros, deberán ser aptos para todo público.

Artículo 45. La publicidad de bebidas alcohólicas deberá:

- I. Abstenerse de toda exageración;
- II. Combinarse dentro del texto o alternarse con propaganda de educación higiénica o del mejoramiento de la nutrición popular; y
- III. Hacerse a partir de las 22 horas de acuerdo con la fracción III del artículo 23.

En el anuncio de bebidas alcohólicas, queda prohibido el empleo de menores de edad. Asimismo, queda prohibido en la publicidad de dichas bebidas, que se ingieran real o aparentemente frente al público.

En una tesis jurisprudencial del Poder Judicial federal de México, la libertad de expresión se asocia con el arte y la cultura, sectores de la vida social en los que el Estado no podrá imponer sus propios criterios estéticos; en este sentido, la libertad artística y cultural está protegida por el artículo 60. constitucional al formar parte de la genérica libertad de expresión. El texto de la tesis aludida es el siguiente:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA DE ARTE Y CULTURA. Conforme al artículo 60. constitucional, la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público. Y es evidente que ese derecho constitucionalmente garantizado incluye toda manifestación artística o cultural, ya que el arte y la cultura son una manera de expresar también ideas y dado que, por lo mismo, todo el acervo cultural del ciudadano está protegido por la garantía constitucional. En consecuencia, *sería contrario a la libertad constitucional que las autoridades pudieran, por cualquier título, imponer patrones artísticos o culturales a los ciudadanos, como si tuviesen facultades más altas que la Constitución federal, para decidir por los gobernados adultos qué clase de arte o de cultura les resulta conveniente asimilar; y como si los ciudadanos adultos no tuvieran el derecho, reconocido y garantizado por la Constitución de elegir ellos mismos qué clase de elementos artísticos o culturales desean asimilar.* Y sería absurdo un protecciónis-

mo seudonacionalista en estas materias, que impusiera a todo un pueblo la obligación de asimilar determinadas manifestaciones culturales, mediocres o no, sacrificando la garantía constitucional. Por otra parte, la protección a los ingresos pecuniarios de los músicos y ejecutantes nacionales no puede ser un valor tan alto que justifique el sacrificio de la libertad artística y cultural del pueblo mexicano, y la única manera aceptable de que se imponga el arte nacional será el superar su calidad, y el aprovechar las raíces culturales y la idiosincrasia del pueblo, las que pueden ser fomentadas, pero no impuestas, por la autoridad. Una imposición de la autoridad al respecto, a más de violar el derecho constitucional, vendría más bien a propiciar la mediocridad y la adulteración de los valores nacionales, a limitar el espíritu creativo y a reducir las capacidades de los mexicanos de estar al tanto y al nivel de las corrientes artísticas extranjeras. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, amparo en revisión 487/76. Música a su Servicio, S. A. 18 de enero de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Secretario: Mario Pérez de León E.

Los medios de comunicación no tienen un papel simplemente pasivo en el tema de la libertad de expresión; no se limitan a ser víctimas de los atentados contra tan importante libertad (aunque por desgracia lo han sido con frecuencia en nuestra historia reciente). Por el contrario, tienen una gran responsabilidad al ser los vehículos naturales para que las libertades comunicativas (expresión, imprenta, información, etcétera) sean una realidad y puedan servir al desarrollo de los procesos democráticos formando una ciudadanía bien informada, que conozca sus derechos y obligaciones, que tenga las herramientas necesarias para elegir bien, controlar y exigir cuentas a sus gobernantes.

La responsabilidad social de los medios y el lugar de la libertad de expresión en el desarrollo democrático es lo que justifica que el estatuto jurídico de los medios y de los profesionales que en ellos trabajan sea distinto al del resto de las personas. A la par de un cúmulo mayor de obligaciones en comparación con las que tienen otras actividades empresariales (por ejemplo, en cuanto al tiempo/aire que los medios electrónicos deben ceder gratuitamente al Estado mexicano), también tienen ciertos derechos que les pueden asegurar un correcto ejercicio de sus tareas informativas (el secreto de las fuentes, entre otros). Como quiera que sea, lo cierto es que los medios, si desempeñan con responsabilidad y compromiso su labor, contribuyen a hacer más vigoroso el debate político y nutren a la opinión pública, requisitos ambos para alcanzar una democracia consolidada.

Para asegurar la existencia en toda su amplitud de la libertad de expresión, se deberían procurar por el Estado una serie de condiciones que permitieran el pluralismo mediático. El pluralismo mediático es un valor que hay que preser-

var dentro de un Estado democrático de derecho, en la medida en que ese pluralismo permite crear una de las condiciones de realización de una democracia consolidada: la existencia de una opinión pública libre e informada.¹²⁷

Ahora bien, asumida esta premisa valorativa, también puede tomarse como punto de partida el hecho de que el pluralismo mediático no es algo que siempre y en todos los casos se produzca de manera “natural”, sino que hay ciertas condiciones que lo propician con mayor intensidad y éxito que otras.

El pluralismo mediático puede tener, como señala Bastida Freijedo, una doble expresión. Por un lado, consiste “en la posibilidad de concurrencia del mayor número y diversidad de opiniones e información, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública”; por otro, en “la posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número posible de personas”. A la realización de estos fines, aclara el mismo autor, se opone la concentración de los medios de comunicación.¹²⁸

Este pluralismo, en consecuencia con lo anterior, no se reduce a una vertiente puramente cuantitativa, sino que también conlleva algún factor cualitativo que se concreta en la “presencia de diversidad de opiniones y de fuentes de información”.¹²⁹

A la luz de lo anterior se puede sostener que existirá pluralismo en los medios siempre y cuando: *a) la información pueda llegar a un número importante de ciudadanos o, por lo menos, esté disponible para aquellos que quieran utilizarla;*¹³⁰ *b) dicha información tenga su origen en fuentes diferentes, es decir, que haya surgido o pueda surgir de distintos puntos de, para decirlo de forma simplificada, “creación de la noticia”, y c) que el producto informativo refleje el pluralismo social, político o cultural existente en una sociedad, es decir, que contenga el punto de vista de varios y no de uno sólo o de pocos de los participantes en los circuitos públicos de deliberación e intercambio.*

Si esas tres condiciones no se dieran o se dieran de forma deficiente, probablemente estaríamos ante la presencia de la “concentración mediática”, ya sea

¹²⁷ Ver las observaciones, en el mismo sentido, de Muñoz-Alonso Ledo, Alejandro, “La democracia mediática”, en Muñoz-Alonso, A. y Rospír, Juan Ignacio (eds.), *Democracia mediática y campañas electorales*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 13 y ss.

¹²⁸ “Concentración de medios y pluralismo. ‘Acordes y desacuerdos’ entre pluralismo y mercado”, en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ Como señala Ignacio Villaverde, “Es preciso que el acceso a la información esté asegurado a todos, no a unos pocos; que la información transmitida sea veraz y que la posibilidad transmitirla no sea monopolio o patrimonio de unos privilegiados”, *Estado democrático e información*, cit., p. 16.

en cuanto a los sujetos que reciben la información, a los que la crean o a los productos que llegan al público, lo cual jugaría en contra del valor que para el Estado democrático, como ya se ha mencionado, supone la existencia de una opinión pública bien informada.

En orden a la consecución de ese valor democrático, eventualmente, se tendrán que tomar una serie de medidas que influyan en el mercado y que consoliden o propicien la existencia plural de la fuente noticiosa y del contenido que transmitan los medios.

Owen Fiss se refiere en parte a lo anterior cuando señala que

La democracia es un sistema de gobierno que atribuye la responsabilidad final al público para que decida cómo quiere vivir, pero supone que el público está completamente informado cuando realiza ese juicio. La democracia requiere que el público tenga toda la información relevante y que sea consciente de los puntos de vista opuestos o en conflicto sobre todas las cuestiones. Una prensa libre debería hacer realidad este supuesto. Una forma de expresar esto es decir que en un sistema democrático la misión de la prensa es producir un debate sobre asuntos de importancia pública que sea “desinhibido, vigoroso y completamente abierto”. Supóngase, no obstante, que la gente decida que está harta de este “debate público vigoroso”, y que está interesada sólo en entretenimientos que embotan la mente o en periódicos, o programas de televisión que dan cabida a sus fantasías sexuales. ¿Nos obligaría una democracia a respetar esa elección? Pienso que no, no más de lo que un compromiso con la libertad contractual obliga a respetar un contrato en el cual alguien se vende a sí mismo como esclavo.¹³¹

La concentración mediática es hoy en día uno de los peligros más grandes para la libertad de expresión. Como lo señala Fernando Vallespín,

El mayor peligro para el libre acceso de los ciudadanos a la información y para permitirles llegar a una “opinión” no proviene ya, al menos en la inmensa mayoría de los países democráticos, de las limitaciones formales a la libertad de expresión. Obedece fundamentalmente al proceso de concentración de la propiedad de los medios en menos manos cada vez (el imperio de Murdoch sería aquí el ejemplo más relevante), así como a la aparición de medios y agencias transnacionales que dictan de un modo sorprendentemente eficaz cuáles son los hechos sobre los que debe informarse y cómo.¹³²

¹³¹ “La construcción de una prensa libre”, en Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, trad. de Jorge F. Malem Seña, México, Fontamara, 1997, p. 183.

¹³² *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000, p. 194. En el mismo sentido, Ramonet, Ignacio, “Nuevos imperios mediáticos”, en su libro *La tiranía de la comunicación*, Madrid, Debate, 1998, pp. 205 y ss.

La concentración empresarial de los medios, señala con acierto Bastida,¹³³ se ha producido de tres formas distintas: *a) horizontal*, es decir, sobre un mismo medio de comunicación; *b) vertical*, por el acaparamiento de medios de comunicación de distinta naturaleza —radio, televisión, prensa, cable, satélite—¹³⁴ y *c) transversal*, por una mezcla de la propiedad de medios de comunicación con agencias publicitarias, de información, de promoción musical, etcétera.

El mismo Bastida alerta sobre la creación de una “información única”, que se corresponde con el “pensamiento único” y la “cultura única”; la presentación monolítica de la información se corresponde muy bien con las tesis neoliberales que al autorizar, fomentar y proteger los grandes *holdings* mediáticos (verdaderos oligopolios) han conseguido en lo inmediato la creación del “pluralismo de lo economicamente rentable”.¹³⁵

En este contexto, no resulta nada exagerado sostener que, por el elevado costo tecnológico y por el creciente proceso de concentración empresarial que se está produciendo en el sector, el pluralismo mediático no se encuentra en una etapa de florecimiento precisamente. Manuel Castells apunta que, respecto a la televisión por lo menos, “se ha comercializado más que nunca y cada vez se ha vuelto más oligopólica en el ámbito mundial. El contenido real de la mayoría de la programación no se diferencia mucho de un canal a otro, si se consideran las fórmulas semánticas subyacentes en la mayor parte de los programas más populares”.¹³⁶ En el mismo sentido, Hans Peter Martin y Harald Schumann apuntan que

Unos pocos líderes de mercado modulan y reciclan sus productos en muchos lugares de emisión, adaptándolos a los distintos grupos de destinos. Junto a esto, la caza de la máxima cuota de pantalla fomenta el proceso de concentración. Los derechos de transmisión de los eventos deportivos importantes, por ejemplo, sólo son financiables con enormes ingresos por publicidad, que en última instancia sólo pueden obtenerlos las grandes emisoras o los comercializadores internacionales. A su vez, por el deporte y el patrocinio sólo se interesan los fabricantes que también están presentes en todo el ámbito de emisión, sobre todo los consorcios multinacionales. Solo diez grandes empresas pagan en Alemania casi la cuarta parte de toda la publici-

¹³³ “Concentración de medios y pluralismo...”, *cit.*

¹³⁴ Ver las observaciones de Saavedra López, Modesto, *La libertad de expresión en el Estado de derecho. Entre la utopía y la realidad*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 117; Ramonet señala cómo, en la actualidad, “los media se encuentran entrelazados unos con otros”, *La tiranía...*, *cit.*, p. 31.

¹³⁵ “Concentración de medios y pluralismo”, *cit.*

¹³⁶ *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, vol. I (La sociedad red), México, Siglo XXI editores, 1999, pp. 373 y 374.

dad en TV. Un anuncio intercontinental de 90 segundos de duración cuesta tanto como una película europea media.¹³⁷

Y esto, que es una nota característica a nivel mundial, también se ha producido en México, donde los principales medios de comunicación (tanto en televisión, como en radio y prensa escrita) son controlados por muy pocos propietarios, en un régimen de carácter oligopólico.

Tradicionalmente, en México ha existido una relación “muy estrecha” (por calificarla de alguna manera) entre el régimen político surgido de la Revolución y consolidado a partir de 1929, y los medios de comunicación. El sistema político ha mantenido bajo control a los medios a través de diversas formas, incluyendo en primer término la legislación sobre la materia¹³⁸ y, cuando esto ya empezó a ser insuficiente, con el reparto de dinero y prebendas. A cambio, los medios han generado una visión de México como el “país de las delicias”, donde nunca pasa nada; además, cuando ha sido necesario, han masacrado a los opositores del sistema, emprendiendo cruzadas mediáticas contra personas que han visto reducidas a polvo su honra y su imagen. Esos mismos medios, sin embargo, han silenciado la enorme corrupción que por años ha regido a las relaciones de la élite gobernante y los demás grupos de poder en el país.

En realidad, la comprensión de los medios y del papel que han jugado en el México posrevolucionario no puede hacerse de forma separada al entendimiento del desarrollo del sistema político por completo. Los medios se han integrado plenamente al sistema de dominación priista y han servido para extender y reproducir su hegemonía.

Los pocos medios que, en el pasado, se han negado a aceptar el punto de vista oficial impuesto por el régimen se han visto sometidos a diversos tipos de presiones que pueden ir desde la restricción en el suministro de papel (cuando el Estado controlaba el monopolio de importación del mismo a través de la empresa PIPSA) hasta la eliminación física de periodistas y editores, pasando por una amplia gama de estadios intermedios.

En vista de lo anterior, se comprende que los medios hayan reflejado con gran fidelidad el carácter monocolor del propio régimen y hayan traslado hasta

¹³⁷ *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*, Madrid, Taurus, 1998, p. 26.

¹³⁸ Ver López-Ayllón, Sergio, “Derecho de la información”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. IX; Villanueva, Ernesto, *El sistema jurídico de los medios de comunicación en México*, México, UAM-A, 1995; *id.*, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, IIJ, UNAM, 1998; Carpizo, Jorge, “Constitución e información”, *cit.*

la escena mediática los vicios y características del sistema político: autoritario, no competitivo, corrupto, corporativo, etc.¹³⁹

El control sobre los medios por parte del Estado, se ha instrumentado en México a través también de una serie de dispositivos legales que, si bien nunca han sido cabalmente observados, de todas formas han hecho depender la suerte de las empresas mediáticas de la voluntad de quienes han ocupado el poder político en un periodo determinado. Por eso es que no sorprende demasiado que uno de los magnates de la televisión mexicana haya declarado hace pocos años que él era un “soldado del presidente (de la República)”.

Sergio López-Ayllón hace notar las peculiaridades (por llamarlas de algún modo) de la legislación mexicana sobre radio y televisión:

Sus disposiciones reflejan a la vez las condiciones que han permitido la concentración de los medios de comunicación, en especial la televisión, junto con una retórica nacionalista que buscaba erigir al Estado en guardián único de los valores nacionales y los contenidos de la radio y la televisión al tiempo que establecía las condiciones de dependencia de los medios frente a su poder. Esta contradicción ha hecho que la legislación se convierta, hasta cierto punto, en letra muerta, pues sus disposiciones son utilizadas aleatoriamente dentro de las condiciones reales de operación que nada tienen que ver con los contenidos de la ley.

Los tiempos de la transición democrática y la evolución que se ha dado dentro del sistema político mexicano ameritan que se incluya, como uno de los puntos de la agenda de la “reforma del Estado”, lo relativo a los medios de comunicación. Al haberse producido una mayor apertura en la competencia partidista y una alternancia importante en todos los niveles de gobierno, también se ha generado una mayor dependencia del sistema político con respecto a los medios de comunicación. Creo que la cobertura noticiosa que se dio a las campañas electorales de la primera mitad del año 2000 muestran claramente lo anterior.

En México estamos empezando a vivir, como ha sucedido y sigue sucediendo en otros países, en una “democracia mediática” que requerirá en el corto plazo, entre otras cosas, que las reglas para los principales actores políticos —empezando por los propios medios— estén claramente fijadas; esto implica la creación de un régimen jurídico y de una conciencia cívica que evite llegar a una democracia “de la opinión pública” que con tanto acierto ha criticado

¹³⁹ Ver Silva-Herzog Márquez, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta/Joaquín Mortiz, 1999, p. 18.

Alain Minc en Francia¹⁴⁰ o que nos instalemos en una suerte de “opinión teledirigida”, para utilizar la expresión de Giovanni Sartori.¹⁴¹

En este contexto, es necesario subrayar la necesidad de preservar una autonomía relativa del poder público con respecto a los medios. Para ello, Bastida propone “establecer como causa de ineligiabilidad para cargos públicos el tener una posición económica de control” sobre algún consorcio mediático y nos recuerda el efecto desestabilizador que tuvo en Italia el “caso Berlusconi”.¹⁴²

A raíz de ese mismo caso, Luigi Ferrajoli lanzó hace unos años la advertencia del riesgo que suponía para la democracia el fenómeno emergente de la unión de los medios y el poder económico para tomar control del poder político, lo cual dio lugar a dos categorías nuevas para la ciencia política: la de la empresa-partido y la de la empresa-gobierno. El mismo autor apunta que

La mayor concentración existente de medios televisivos y de información se movilizó en la reciente campaña electoral no a favor de una formación partidaria o de un bloque de intereses, sino directamente de su propietario, construyendo en pocas semanas en sus departamentos de publicidad una fuerza política y lanzándola al mercado de la misma forma —las técnicas del *marketing* y los *spots* publicitarios— en que se lanza un producto comercial.¹⁴³

El fortalecimiento de la opinión pública libre e informada requiere de profundas transformaciones en el sistema jurídico mexicano, pero también en su sistema de relaciones de poder. Entre los cambios más importantes que se deben alcanzar, en referencia a los medios de comunicación, Sergio López-Ayllón menciona los siguientes:¹⁴⁴

a) Creación de reglas que permitan la transparencia empresarial de las personas jurídicas que se dedican a la comunicación, de forma que el público pueda identificar las fuentes de financiamiento y los intereses de quienes le informan.

b) Modificación de los criterios vigentes para la asignación de concesiones y permisos necesarios para operar medios de comunicación.

¹⁴⁰ *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Madrid, Temas de Hoy, 1995.

¹⁴¹ *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998.

¹⁴² “Concentración de medios y pluralismo”, *cit.*

¹⁴³ “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Andrés, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 17.

¹⁴⁴ “El derecho a la información como derecho fundamental”, en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información*, *cit.*, pp. 176-179.

- c) Establecer el acceso a los medios de los grupos sociales y políticos significativos.
- d) Evitar las prácticas monopólicas y la concentración.
- e) Regular los derechos de respuesta y rectificación en los medios masivos de comunicación.¹⁴⁵
- f) Crear mecanismos procesales para que los particulares puedan corregir los eventuales excesos de los medios de comunicación.
- g) Constituir un estatuto profesional aplicable a los comunicadores, tal vez en la forma de código deontológico.

Concretamente sobre el tema de la concentración mediática propongo lo siguiente como inicio de una reflexión que debe ocupar a todos los que se preocupan y quieren defender al sistema democrático:

1. Una medida que ayudaría en mucho a fomentar el pluralismo mediático, sobre todo en la vertiente de pluralismo *de los contenidos*, es la creación de una red de medios públicos de comunicación, es decir, de medios que sean propiedad del Estado mexicano. Bastaría tal vez con un canal de televisión abierto y con una estación de radio de alcance en todo el territorio.¹⁴⁶ La finalidad de estos medios no sería otra más que la de poder ofrecer una vía de expresión de los “intereses generales”—que no siempre ni necesariamente se pueden identificar con los intereses mayoritarios—. En este punto conviene hacer algunas precisiones. En cuanto a la financiación de estos medios públicos, ésta no podría provenir únicamente de la publicidad, pues en principio no estarían compitiendo con los medios privados por un sector muy grande de la audiencia, lo cual no los haría tan atractivos para los grandes anunciantes.¹⁴⁷ El hecho de desvincular a un medio de comunicación de la necesidad de tener anunciantes para ser viable económicamente permite que ese medio (y, por ende, sus destinatarios), se defienda en contra de la imposición de pautas culturales, políticas y sociales provenientes de quienes tienen la posibilidad de controlar la publicidad. Como recuerda Luis Javier Mieres,

Los intereses de los anunciantes ejercen una considerable presión en la línea editorial de la programación audiovisual. Desde el punto de vista publicitario, los

¹⁴⁵ Sobre este punto, ver *infra* el apartado dedicado al derecho de rectificación.

¹⁴⁶ Ver las observaciones de Orellana, Alfredo, *Derecho a la información y democracia: propuesta para una televisión pública en México*, México, ITAM, tesis de licenciatura, 1995. En materia de radio ya existen algunas estaciones de propiedad pública, a cargo del Instituto Mexicano de la Radio (IMER).

¹⁴⁷ Bastida, Francisco, “Concentración de medios y pluralismo”, *cit.*

programas más valorados son los que proporcionen una gran audiencia o se dirijan a sectores de población con alta capacidad de consumo y que ofrezcan al espectador/consumidor una sensación agradable, proclive a adoptar decisiones consumistas. Los programas “serios” o que traten temas especialmente controvertidos no son los preferidos por los anunciantes para presentar sus productos.¹⁴⁸

Por otro lado, en lo que respecta al contenido que ofrecieran esos medios, se tendrían que utilizar para difundir noticias de interés general, así como programas que reflejaran el pluralismo social y político existente; esto incluye, desde luego, la emisión de contenidos que resulten de interés para grupos minoritarios, pues se entiende que los mayoritarios ya verían reflejados sus intereses en los contenidos de los medios privados, enfocados a captar audiencias de gran alcance, como señala Bastida.¹⁴⁹ Por su parte, Mieres apunta que “El papel de las televisiones públicas en el actual panorama audiovisual debe ser el de constituir referentes de calidad, satisfaciendo las demandas de los grupos minoritarios, pero, también y sobre todo, ofreciendo una oferta de información cultural y educación dirigida a la generalidad de la población”.¹⁵⁰

Una razón adicional para defender la existencia de por lo menos un medio televisivo y otro radiofónico que sean de propiedad pública consiste en que con esa medida se contribuye a transparentar el sector de la comunicación de masas; de forma que podríamos saber, en principio, que la información que se transmite por los medios públicos no viene marcada por los juicios o intereses de los dueños, por una parte, y podríamos también conocer quiénes son los responsables de la obtención y transmisión de la información (el Estado a través de determinados empleados públicos, en este caso), cuestión que no siempre es clara por lo que hace a los medios privados.¹⁵¹

¹⁴⁸ “La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?”, *Derechos humanos y derecho a la información, cit.*

¹⁴⁹ “Concentración de medios y pluralismo”, *cit.*

¹⁵⁰ “La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?”, *cit.*

¹⁵¹ La necesidad de la transparencia en materia de medios de comunicación puede desprendese, según Sergio López-Ayllón, del derecho fundamental a la información previsto en el artículo 6o. constitucional, lo cual obligaría a su futura regulación. Dicha transparencia crearía condiciones para facilitar la independencia de los medios con respecto a los centros de poder político y económico, y permitiría al público identificar las fuentes de financiamiento y los intereses de aquellos que le informan; “El derecho a la información como derecho fundamental”, *Derechos humanos y derecho a la información, cit.* Sobre la trasparencia en la financiación de los medios, conviene revisar el penúltimo párrafo del artículo 21 de la

En contra de esta propuesta se podría esgrimir un argumento con bastante peso histórico y que ya se apuntaba párrafos arriba: el Estado mexicano tradicionalmente se ha valido de los medios de comunicación para legitimarse y para prolongar la hegemonía de un solo partido. La manipulación informativa ha sido una constante en la vida institucional de México, que en una etapa nada desdeñable de su existencia ha hecho del secreto una norma y de la opacidad el signo distintivo de la política nacional. A pesar de lo anterior, que me parece difícil de negar, creo que habría que ir pensando en los esquemas que va requiriendo el país en vista del final de la etapa de partido hegemónico. El pluralismo político producido en los últimos años, que todo parece indicar llegó para quedarse, suministra un ambiente menos favorable a la manipulación de los medios públicos. El equilibrio interpartidista y un más eficaz sistema de controles podrían impedir que se diera esa manipulación. Como señala Owen Fiss, hay que ver al Estado no solamente como un enemigo de la libertad de expresión, sino también como un amigo.¹⁵²

2. Una segunda propuesta que habría que analizar, y que se ha venido repitiendo con insistencia en los últimos años, es la de crear un órgano autónomo, preferiblemente de rango constitucional, que se encargue de regular todo lo relativo a los medios masivos de comunicación.¹⁵³ Este órgano, que Ernesto Villanueva ha propuesto que se llame “Consejo Nacional de Comunicación Social”¹⁵⁴ y que tiene antecedentes bien conocidos en otros países, tendría a su cargo vigilar la competencia en el sector de las comunicaciones, asegurar el derecho de réplica, otorgar y renovar las concesiones para el caso de aquellos medios que así lo requieran, y en general vigilaría el cumplimiento de todas las obligaciones del servicio público que tendrían a su cargo los medios concesionados.

Bastida hace notar la necesidad de que en la integración de este órgano se tome en cuenta a personas que tengan relevancia cultural y que se en-

Constitución italiana de 1947, que dispone lo siguiente: “La ley podrá disponer por preceptos de carácter general que se den a conocer los medios de financiación de la prensa periódica”. Este precepto, que en razón de la época en que fue creado se refiere solamente a uno de los medios de comunicación de masas (hoy en día ni siquiera el más importante), puede servir de modelo para que, con las adiciones necesarias, se introduzcan mandatos de transparencia para los medios en los diversos textos constitucionales.

¹⁵² *Libertad de expresión y estructura social*, cit., p. 31.

¹⁵³ Ver, entre otros, Carpizo, Jorge, “Libertad de expresión, elecciones y concesiones”, *La reforma de medios. Voces en torno a la iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social*, México, Cámara de Diputados, 1998, p. 55 y Crespo, José Antonio, “La reforma definitiva”, en la misma obra, p. 129.

¹⁵⁴ *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, cit., p. 232.

cuentren al margen de vinculaciones partidistas o empresariales; el mismo autor propone que se las elija por diferentes grupos socialmente relevantes.¹⁵⁵

Por su parte, Ernesto Villanueva propone que este órgano sobre los medios se integre por once miembros, de los cuales tres serían designados por el presidente de la República, cuatro por el Senado de entre personas propuestas por los concesionarios y permisionarios de radio y televisión (dos) y por organizaciones de derechos humanos, asociaciones de padres de familia, etcétera (los otros dos); los cuatro restantes serían nombrados por la Cámara de Diputados a propuesta de diversas entidades particulares, de la sociedad civil y de las universidades.¹⁵⁶

3. La tercera idea que convendría ir pensando y que aseguraría con alguna certeza el pluralismo mediático, es la de introducir en el texto constitucional una disposición que asegure el acceso a los medios para los grupos políticos (partidos y agrupaciones políticas) relevantes. Concretamente, se trataría de que la oposición parlamentaria tuviera asegurada la posibilidad de responder a cualquier programa o acción del gobierno.

En el derecho constitucional comparado no son extrañas este tipo de disposiciones. De hecho, puede garantizarse el acceso a los medios a la oposición política que cuente con representación parlamentaria, o bien a los grupos sociales relevantes. En el primer caso se buscaría tutelar la correcta expresión en los medios del “pluralismo político”, mientras que en el segundo se trataría de permitir el acceso a grupos sociales diversos para reflejar lo más fielmente posible el “pluralismo social”.

Un ejemplo del primer tipo de disposición lo encontramos en el artículo 40.2 de la Constitución portuguesa de 1976 que dispone lo siguiente:

Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del gobierno tendrán derecho, según los términos de la ley, a unos tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, que se prorrtearán según la representatividad de cada uno, así como el derecho de respuesta y de réplica política a las declaraciones políticas del gobierno, de duración y de relieve iguales a los tiempos de antena y de las declaraciones del gobierno.

Un ejemplo del segundo tipo de regulación lo suministra el artículo 20.3 de la Constitución española de 1978 cuyo texto establece que “La ley re-

¹⁵⁵ “Concentración de medios y pluralismo”, *cit.*

¹⁵⁶ *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, *cit.*, pp. 233 y 234.

gulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”.¹⁵⁷

Con este tipo de preceptos se garantiza, al menos tendencialmente, la existencia del pluralismo mediático, sobre todo en su vertiente de pluralidad de los contenidos. En esa medida, tales disposiciones también contribuyen a fortalecer el sistema democrático por su incidencia en la creación de una opinión pública libre e informada de manera plural.

Quizá también habría que repensar el tema de las concesiones para el uso del espacio radioeléctrico. En la medida en que los distintos avances tecnológicos permiten la convivencia casi infinita de diversas señales y frecuencias radioeléctricas, quizá —en uso de la libertad de expresión— no se justifique el régimen de concesiones que actualmente establecen en México tanto la Constitución como la legislación secundaria. Como una medida para fomentar la competencia y como una consecuencia directa del ejercicio de la libertad de expresión (que involucra, según diversos criterios jurisprudenciales ya transcritos, la posibilidad de crear medios de comunicación), sería razonable rebajar lo más posible (o incluso derogar completamente) los requisitos para utilizar el espacio radioeléctrico: que cualquiera —puesto que la libertad de expresión es un derecho *universal*— que tuviera la tecnología necesaria pudiera sin más transmitir sus propias señales. Un requisito previo para ello, desde luego, es que exista la capacidad tecnológica para permitir esa convivencia pacífica entre las distintas señales. Hasta donde entiendo dicha posibilidad ya es técnicamente viable.¹⁵⁸

5. La libertad de expresión y los miembros del Congreso de la Unión

El artículo 61 de la Constitución mexicana prevé, en su primer párrafo, una protección especial para las opiniones que emitan los legisladores del Congreso de la Unión en el desempeño de sus funciones; su texto es el siguiente: “Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el

¹⁵⁷ Sobre la interpretación de este precepto, Polo Sabau, José Ramón, *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*, Madrid, CEPC, 2002.

¹⁵⁸ Desde luego que la posibilidad de crear medios de comunicación sea libre no significa que esos mismos medios no estén sujetos a las reglas existentes en aspectos distintos al de su creación; por ejemplo, en lo relativo a la regulación de contenidos.

desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas”. El sentido de este precepto es proteger a los parlamentarios a fin de que se puedan expresar libremente, ejerciendo hasta donde lo consideren prudente su derecho de crítica contra el gobierno, sin que por ello puedan ser arrestados o demandados.¹⁵⁹ Este tipo de protecciones han estado presentes en las declaraciones de derechos desde finales del siglo XVIII, pues como apunta Ignacio Villaverde, “la libertad de opinión e imprenta, se positiviza como una faceta de la libertad religiosa o como un privilegio de fuero parlamentario”.¹⁶⁰

El artículo 61 debe interpretarse de forma conjunta con las disposiciones del título IV de la misma Constitución, en donde se contienen reglas especiales en materia de responsabilidad de los funcionarios públicos y, dentro de esa categoría, de los legisladores federales y locales.

Una de las cuestiones más interesantes en torno al alcance de lo dispuesto por el artículo 61 tiene que ver con el sentido que debe darse a la expresión “en el desempeño de sus cargos”, puesto que el precepto mencionado no está otorgando inmunidad completa a las expresiones de los legisladores, sino solamente a aquellas que se emitan justamente desempeñando su cargo. La doctrina no ha delimitado con claridad lo anterior, lo cual ha dado como resultado que existe “una frontera nebulosa entre las acciones públicas y las privadas”,¹⁶¹ por un lado, y entre las públicas que se realizan en el desempeño del cargo y las públicas realizadas sin desempeñar el cargo.

Una disposición semejante se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos (artículo I.6), la cual ha sido objeto de diversas interpretaciones por su Suprema Corte.¹⁶² La Corte ha señalado que hay que distinguir entre las actividades puramente legislativas y otras actividades políticas. Además de las expresiones vertidas desde la tribuna de las cámaras, la Corte advierte que también hay otras actividades que deben estar protegidas por el privilegio parlamentario, por ejemplo las votaciones, la preparación de las sesiones en Comisión, la conducción de dichas sesiones, etcétera.

Dentro de las actividades políticas, que no tendrían la protección reforzada del privilegio parlamentario, estarían entre otras las que tuvieran por objeto ayudar a ciertos individuos a conseguir contratos con agencias gubernamenta-

¹⁵⁹ González Oropeza, Manuel, “Artículo 61”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003, t. III, p. 106.

¹⁶⁰ “Introducción histórica a las libertades de información y expresión”, *cit.*, p. 20.

¹⁶¹ González Oropeza, Manuel, “Artículo 61”, *cit.* p. 109.

¹⁶² Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 3a. ed., Nueva York, Foundation Press, 2000, t. I, pp. 1013 y ss.

les o las comunicaciones directas de los parlamentarios con el público, por ejemplo a través de comunicados de prensa, apariciones en la televisión o publicación de libros y folletos; las publicaciones no están protegidas por el privilegio ni siquiera en el caso en que hubieran sido previamente comunicadas en el curso de una actividad legislativa que sí estuviera protegida.

Otra cuestión interesante es que la Corte ha sostenido que el privilegio parlamentario puede extenderse a los ayudantes o asesores de los congresistas, siempre que sus actividades tuvieran la protección del privilegio en caso de que hubieran sido realizadas por algún congresista.

Disposiciones parecidas a la del artículo 61 se encuentran en el artículo 46.1 de la Constitución alemana, la cual contiene sin embargo una precisión sobre la que conviene detenerse; el texto de ese precepto dispone que “Los diputados no podrán en ningún momento ser sometidos a un procedimiento judicial o disciplinario ni responsabilizados en otra forma fuera del Bundestag a causa de su voto o de una declaración que hicieran en el Bundestag o en una de sus comisiones. Esto no se aplicará a las ofensas calumniosas”.

La última frase del precepto que se acaba de transcribir es importante porque consigue poner en un cierto balance la prerrogativa parlamentaria con los derechos fundamentales del resto de los ciudadanos, de forma que la primera no pueda arrollar a los segundos.

La inclusión de este límite en el texto constitucional alemán también pone de manifiesto que disposiciones como la del artículo 61 de la Constitución mexicana otorgan prerrogativas para funcionarios públicos y no verdaderos derechos fundamentales; esto implica, entre otras cuestiones, que el método de interpretación de aquéllas no es el mismo que el que se aplica a los derechos fundamentales. En consecuencia con lo anterior, las prerrogativas parlamentarias deben interpretarse restrictivamente, sobre todo si pueden entrar en conflicto con un derecho fundamental (por ejemplo si pueden resultar en violaciones al derecho a la intimidad o al honor), incluyendo el derecho que tienen todas las personas a acudir ante un tribunal para que, en condiciones de igualdad, se dirima cualquier cuestión que juzguen como litigiosa.

En España, una prerrogativa como la que se está estudiando se encuentra prevista en el artículo 71.1 de la Constitución de 1978, que dispone: “Los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”.¹⁶³

¹⁶³ Para una primera aproximación al tema, en la doctrina española, Clavero Arévalo, Manuel F., “Derechos fundamentales y prerrogativas parlamentarias”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III, pp. 2113 y ss.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias de sus sentencias sobre los alcances de lo dispuesto en el artículo 71.1, sobre el que ha sostenido, entre otros criterios, los siguientes:

La inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario, siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan [Sentencia 243/1988].

Las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente para no devanir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros... El interés, a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias... la prerrogativa puede amparar, también, los actos "exteriores" a la vida de las Cámaras, que no sean sino reproducción literal de un acto parlamentario [Sentencia 51/1985].

6. La libertad de expresión en perspectiva comparada y en el derecho internacional de los derechos humanos

En el derecho comparado la regulación constitucional de la libertad de expresión suele ser un poco más precisa que la contenida en nuestro artículo 60. Así, la Constitución española de 1978 dispone en su artículo 20 que

1. Se reconocen y protegen los derechos: A) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción... 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

Por su parte, la Constitución alemana de 1949 establece en su artículo 50. lo siguiente:

1. Todos tienen derecho a expresar y difundir su opinión de palabra, por escrito y mediante la imagen y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantizan la libertad de prensa y la libertad de información radiofónica y cinematográfica. No se podrá establecer la censura. 2. Estos derechos no tendrán más límites que los pre-

ceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de los menores y el derecho al honor personal.¹⁶⁴

Por lo que hace a los textos de derecho internacional de derechos humanos cabe destacar el artículo 19 de la Declaración de la ONU de 1948 que establece lo siguiente: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. En el Preámbulo de la propia Declaración se hace referencia a la aspiración de lograr el “advenimiento de un mundo en el que los seres humanos... disfruten de la libertad de palabra”.

El artículo 19 de la Declaración ha sido muy relevante para el desarrollo de los derechos humanos, tanto en el plano internacional como en el que tiene que ver con el derecho interno de muchos países. Parte de su importancia radica en que hace explícito el carácter complejo de la libertad de expresión, ya que supone un espacio de protección frente a molestias, pero también abarca la posibilidad de allegarse información, de recibirla de otras personas y de transmitirla. Esto es importante porque para ejercer a plenitud la libertad de expresión hay que tener algo que decir, lo cual depende en buena medida de que tengamos acceso a fuentes de información que nutran nuestro criterio y permitan expandir nuestra libertad de expresión. Además de lo anterior, el artículo 19 recoge también la libertad de opinión, que guarda estrecha cercanía con la libertad de expresión, pero que en el texto del artículo merece una mención por separado.

Otro texto internacional relevante en la materia es el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo contenido establece que:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

¹⁶⁴ Otros ejemplos, referidos a Constituciones latinoamericanas, en Villanueva, Ernesto, *Derecho mexicano de la información*, cit., pp. 19 y 20.

El contenido de este artículo es reproducido, casi literalmente, por el artículo 13 del Pacto de San José, el cual sin embargo, ofrece (seguramente como resultado de la penosa experiencia que en América Latina hemos tenido en la materia) alguna aportación novedosa en sus párrafos 3 y 4, cuyo texto es el siguiente:

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de la información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia...

El artículo 20 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos contiene algunas limitaciones importantes y muy pertinentes a la libertad de expresión; su texto dispone que “1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.¹⁶⁵ Con respecto al contenido de este apartado 1, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha sostenido que dicha prohibición “abarca toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de las Naciones Unidas o que pueda llevar a tal acto”.¹⁶⁶

En la Convención de los Derechos del Niño se establecen la libertad de opinión y de expresión de los menores en los artículos 12 y 13; el párrafo primero del artículo 12 dispone que “Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Por su parte, el párrafo primero del artículo 13 señala que “El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier medio elegido por el niño”.

¹⁶⁵ El mismo texto se reproduce en el artículo 13.5 del Pacto de San José.

¹⁶⁶ Opinión Consultiva núm. 11, 190. periodo de sesiones, 1983, consultable en Carbonell, Miguel y otros, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 403 y 404.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *La última tentación de Cristo*, ha hecho reflexiones muy interesantes sobre la libertad de expresión.¹⁶⁷ El caso llegó a la Corte debido a que la Corte Suprema de Chile impidió la difusión de la película *La última tentación de Cristo*, del director Martin Scorsese. Se trataba, por tanto, de un caso que involucraba tanto a la libertad de expresión como al tema de la censura previa.

La Corte afirmó en su sentencia que la libertad de expresión tiene dos dimensiones, una individual y otra social o colectiva; recordando su propia Opinión Consultiva 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, estimaba que la primera de tales dimensiones, “requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (párrafo 64). Profundizando en el sentido y alcances de las dos dimensiones de la libertad de expresión, la Corte afirma que

65. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente.

66. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previsto por el artículo 13o. de la Convención.

¹⁶⁷ Consultable en García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, IIJ-UNAM, 2001, pp. 753 y ss.

Más adelante, en la misma sentencia, la Corte afirma que “La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada” (párrafo 68).

Antes de esa famosa sentencia sobre la película *La última tentación de Cristo*, en la que se condenó al Estado chileno, la Corte había sostenido también otras observaciones interesantes sobre la libertad de expresión en la Opinión Consultiva 5/85 sobre colegiación obligatoria de los periodistas;¹⁶⁸ así, la Corte entiende que:

33. ...No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

34. Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera que sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de la protección a la libertad e independencia de los periodistas.

En el mismo ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, debe hacerse referencia a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108º periodo ordinario de sesiones en octubre de 2000, con fundamento en el ya citado artículo 13 del Pacto de San José; en dicha Declaración se observan varios párrafos que corroboran buena parte de las cuestiones que se han expuesto en el presente apartado y que también hacen referencia a lo que se expondrá en el apartado que tendrá por objeto estudiar el derecho a la información, dentro del capítulo cuarto de este libro.

¹⁶⁸ Consultable en Carbonell, Miguel y otros, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, pp. 783 y ss.

Así, por ejemplo, la Declaración establece en parte el llamado “derecho a la autodeterminación informativa”¹⁶⁹ y provee la base normativa para las acciones de *habeas data*, en los siguientes términos: “Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla”.

También se refiere la Declaración al derecho de acceso a la información pública, en su apartado 4:

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

De este precepto cabe destacar la adopción del concepto de “peligro real e inminente” (*clear and present danger*) como límite al derecho de acceso a la información y/o a la libertad de expresión; se trata de un concepto creado y utilizado en muchas de sus resoluciones por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En otros apartados, la Declaración se refiere a la prohibición de la censura previa y señala los límites a la persecución penal por abusos de la libertad de expresión. En la parte que ahora interesa, su texto establece que

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir da-

¹⁶⁹ Sobre este derecho se abunda al estudiar el derecho a la intimidad.

ño o pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “*leyes de desacato*” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

La Declaración también se detiene en el tema de la pluralidad mediática, al que ya nos hemos referido. En su párrafo 12 dispone que

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

Finalmente, la Declaración señala en su apartado 13 la necesidad de que el Estado se mantenga neutral con respecto a los medios, por ejemplo en el tema de la asignación de publicidad oficial, que suele ser una vía indirecta de presión, así como en lo relativo al otorgamiento de prebendas tributarias, que también pueden desbalancear la sana competencia entre medios. Su texto es el siguiente:

La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

Como se verá en el apartado correspondiente, varios de estos conceptos son centrales para entender correctamente la libertad de imprenta, y vienen a reiterar algunas de las tesis que en ese mismo apartado se sostendrán en relación con la incompatibilidad de nuestra Ley de Imprenta de 1917 con un sistema político democrático.

Regresando al ámbito del derecho comparado, puede decirse que en Estados Unidos la libertad de expresión está protegida por la Primera Enmienda de su Constitución, a cuyo texto ya se ha hecho referencia.¹⁷⁰ La jurisprudencia estadounidense ha sido pionera en el tema de la libertad de expresión y ha servido de modelo para los pronunciamientos jurisprudenciales de muchos otros países. Su abundancia haría imposible un estudio exhaustivo en este momento, pero considero que vale la pena detenerse aunque sea de forma superficial en algunos de sus aspectos más sobresalientes,¹⁷¹ entre los que se encuentran los cinco siguientes: *a) el tema de la pornografía; b) el tema del lenguaje del odio (particularmente la tesis del riesgo claro e inminente de causar un daño recogida en la sentencia *Brandenburg vs. Ohio*); c) el financiamiento de la política; d) la quema de banderas; y e) las críticas a funcionarios públicos (sobre todo las consideraciones de la Suprema Corte de Estados Unidos en el famoso caso *New York Times vs. Sullivan*).*

A. *La pornografía*

El tema de la pornografía ha generado encendidos debates constitucionales en varios países y ha suscitado puntos de vista contrarios en los estudios sobre los derechos fundamentales.¹⁷² Para una parte de la teoría feminista, la pornografía no tiene nada que ver con la libertad de expresión ni con las concepciones morales de las personas, sino que supone una forma directa de presentar el sometimiento de la mujer al dominio del hombre, así como una incitación a la violencia sexual y doméstica.¹⁷³

Es importante reparar en el argumento de que, para esa teoría feminista, la pornografía no estaría protegida por la libertad de expresión ya que no se trata de meras expresiones, sino de acciones; y éstas, como se verá más adelante

¹⁷⁰ Sobre la historia de la Primera Enmienda en relación con la libertad de expresión, de entre lo mucho que se ha escrito, Reed Amar, Akhil, *The Bill of Rights*, New Haven, Yale University Press, 1998, pp. 20-32.

¹⁷¹ Una exposición de conjunto sobre el tema puede verse en Gunther, Gerald, *Individual Rights in Constitutional Law. Cases and Materials*, 2a. ed., Mineola, The Foundation Press, 1976, pp. 638 y ss., así como en la bibliografía citada a continuación.

¹⁷² Ver por ejemplo el debate contenido en MacKinnon, Catharine y Posner, Richard, *Derecho y pornografía*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997; del mismo Posner, sobre el tema, “Obsessed with pornography”, en su libro *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 357 y ss. (en este ensayo, Posner también se ocupa de discutir las tesis de MacKinnon).

¹⁷³ Así, por ejemplo, MacKinnon, “La pornografía no es un asunto moral”, en MacKinnon y Posner, obra citada, pp. 45 y ss.

cuando se analice la libertad de conciencia, tienen un radio de protección notablemente menor que la mera representación simbólica de ideas, convicciones o, en general, expresiones; según otros teóricos importantes, como Owen Fiss, la pornografía es una forma de expresión, “de los creadores y productores de la obra y, desde luego, forma parte del discurso a través del cual el público se comprende a sí mismo y comprende el mundo al que se enfrenta”.¹⁷⁴ Las anteriores serían, en resumidas cuentas, las bases del debate social y académico sobre el tema.

En la jurisprudencia de los Estados Unidos hay varios casos relativos a la pornografía. El criterio de la Corte ha sido variable y poco claro, pero en general ha dicho que los actos obscenos no tienen cobertura constitucional bajo la óptica de la Primera Enmienda. Ahora bien, ha puesto requisitos a la calificación de un acto como obsceno, de tal forma que lo será una obra que carezca seriamente de valor literario, artístico, político o científico, siempre que a criterio de un ciudadano normal, que se base en estándares comunes dentro de su comunidad, sea patentemente ofensivo por contener conductas sexuales prohibidas por la ley y atienda únicamente a un interés lascivo (*Miller vs. California* de 1973 y *Paris Adult Theatre vs. Slaton* del mismo año).¹⁷⁵

En otro caso, la Corte tuvo que pronunciarse sobre una ley de la ciudad de Indianápolis y del Condado de Marion, que castigaba la pornografía al considerarla como una forma de discriminación por razón de sexo (*American Booksellers Association Inc. vs. Hudnut* de 1985); en su sentencia, la Corte afirmó que todos los discursos están protegidos, sin importar qué tan dañinos son; si se diera otra respuesta a problemas complejos como el de la pornografía, asentó la Corte, se estaría dejando que el gobierno controlara todas las instituciones de la cultura, convirtiéndolo en un gran censor y permitiéndole decidir qué pensamientos son buenos para nosotros; al final confirmaba la inconstitucionalidad de la legislación de Indianápolis. A conclusiones parecidas arribó también la Corte Constitucional de Colombia cuando tuvo que resolver sobre la remoción de una parte de las obras que arte que se habían expuesto en una galería pública, que fueron retiradas porque a juicio de su director eran pornográficas e indecentes; la Corte tuteló el derecho del autor bajo la perspectiva de que la liber-

¹⁷⁴ Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, trad. de Jorge Malem y Víctor Ferreres, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 25.

¹⁷⁵ Para la reseña de algunos casos anteriores, Katz, Al, “Privacy and pornography: *Stanley v. Georgia*”, *The Supreme Court Review 1969*, The University of Chicago Press, Chicago, 1969, pp. 203-217. Para las cuestiones que tienen que ver con menores de edad, Krislov, Samuel, “From Ginzburg to Ginsberg: the Unhurried Children’s Hour in Obscenity Litigation”, *The Supreme Court Review 1968*, Chicago, The University of Chicago Press, 1968, pp. 153-197.

tad de expresión comprende la posibilidad de dar a conocer las creaciones artísticas; citando el artículo 70 de la Constitución colombiana que dispone que la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad, se preguntaba la Corte, “¿Cómo hacer efectivo tal reconocimiento y respeto por la diversidad si las autoridades, en lugar de acatar y hacer cumplir el texto constitucional, se arrojan ilegítimamente la potestad de elegir, de entre esa pluralidad de manifestaciones que la Constitución legitima, únicamente las que a su juicio satisfacen los cánones morales y estéticos que estimen ortodoxos?”.¹⁷⁶

La doctrina ha planteado si sería constitucional que una ley retirara el apoyo de fondos públicos para representaciones artísticas que caigan en lo que la propia ley puede considerar obsceno. El tema es importante ya que no se trataría de una *acción* que impide una determinada forma de expresión, sino de una *omisión* (la negativa a dar financiamiento) que podría dar lugar a algún tipo de censura previa o que podría poner en aprietos el principio de neutralidad del Estado frente a las manifestaciones artísticas o estéticas de los individuos.¹⁷⁷

Y además se trata de un tema actual en la medida en que el Estado moderno interviene de forma intensa en muchos aspectos de la vida social, algunos de los cuales podrían correr el riesgo de desaparecer si se dejaran al juego libre de las fuerzas del mercado. Algunas expresiones artísticas se encuentran en este último supuesto y por eso es importante determinar con qué criterios el Estado puede subsidiar una expresión artística o dejar de hacerlo y si con ello vulnera o no un derecho fundamental.

B. *El lenguaje del odio*¹⁷⁸

En términos generales, la Corte de Estados Unidos ha considerado que todos los discursos deben ser protegidos, aunque el Estado tiene la facultad de regular algunos aspectos, a fin de proteger otros derechos (por ejemplo, la libertad

¹⁷⁶ El texto de la sentencia (la T-104 de 1996; ponencia de Carlos Gaviria) se encuentra en el libro de MacKinnon y Posner, *Derecho y pornografía*, pp. 151 y ss., donde también puede leerse la sentencia *American Booksellers Association Inc. vs. Hudnut* de la Corte de los Estados Unidos.

¹⁷⁷ Ver el análisis de Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, cit., pp. 63 y ss.; *id.*, *La ironía de la libertad de expresión*, cit., pp. 43 y ss.

¹⁷⁸ Para un primer acercamiento al tema puede verse Shapira, Amos, “Should Violent and Hate Speech be Protected? Some Reflections on Freedom of Expression and its Limits”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 675 y ss., y Sunstein, Cass R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1995, pp. 167 y ss.

de expresión de un individuo no se puede ejercer dentro del despacho oval de la Casa Blanca, o dentro de la cocina de otra persona que no presta para ello su consentimiento), y que solamente se pueden limitar la emisión de aquellos que representen un riesgo claro e inminente con respecto a un interés superior (*compelling interest*) del Estado. Dicha protección incluye discursos que pueden ser particularmente ofensivos para la sensibilidad o puntos de vista de otras personas,¹⁷⁹ como sucede con el tema de la pornografía que se acaba de analizar.

Desde luego, de ese punto de vista no se desprende que *todos* los discursos tengan la misma protección; es común en la doctrina estadounidense citar la expresión empleada por el juez de la Corte Suprema Holmes en el sentencia *Schenk vs. United States* de 1919, de que no hay ninguna buena razón para tutelar la expresión falsa de un hombre que grita “¡Fuego!” en un teatro lleno de gente. Para distinguir entre los discursos que merecen ser protegidos y aquellos que no, la Corte, bajo las ideas del propio Holmes en el caso *Schenk*, ideó el test del peligro claro e inminente (*clear and present danger*),¹⁸⁰ admitiendo que se trataba de una cuestión que merecía ser ponderada, ya que se requería una valoración de proximidad y de grado para determinar si ese peligro existía.

La tesis del peligro claro e inminente cobró todo su sentido en el caso *Brandenburg vs. Ohio* de 1969, en el que la Corte tuvo que decidir si merecía protección constitucional un militante del Ku-Klux-Klan, la conocida organización racista que defiende la supremacía de la raza blanca, que había abogado por la violencia política y que había sido condenado por ello. La Corte protegió la libertad de expresión empleando la noción del peligro claro e inminente y sostuvo que el Estado no puede prohibir o proscribir *abogar* (*advocating*) en favor de la violencia salvo cuando ello se dirige a incitar o producir de manera inminente una acción ilegal; en su sentencia la Corte distingue entre las palabras provocadoras (*fighting words*), que no tendrían protección constitucional (como también lo ha considerado la Corte en el caso *R.V.A. vs. City of St. Paul* de 1992, en el que tuvo que decidir sobre la constitucionalidad de una norma que

¹⁷⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, “Libertad de expresión, política y las dimensiones de la democracia”, en su libro *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 381.

¹⁸⁰ Un análisis más detenido de la doctrina del riesgo o peligro claro e inminente puede encontrarse en Coderch, Pablo Salvador (director), *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 25 y ss. Dentro de la literatura constitucional norteamericana, se puede ver el completo análisis de Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2a. ed., Nueva York, The Foundation Press, 1988, pp. 841 y ss.; de O’Brien, David M., *Constitutional Law and Politics. Volume two. Civil Rights and Civil Liberties*, cit., pp. 382 y ss., y de Strong, Frank R., “Fifty Years of ‘Clear and Present Danger’: from Schenck to Brandenburg and Beyond”, *The Supreme Court Review 1969*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969, pp. 41-80.

castigaba entre otras cuestiones la quema de cruces), y la defensa general que ideas (*general advocacy of ideas*), que deben ser protegidas por más ofuscadas o erróneas que nos parezcan. En el caso *Brandenburg* la Corte cita un precedente de 1961 (*Noto vs. United States*) para separar la enseñanza de la propiedad moral o incluso de la necesidad moral de acudir a la fuerza y a la violencia, de la preparación de un grupo para la acción violenta y la dirección hacia esa acción.

En su sentencia del caso *R.V.A* la Corte reconoce el derecho del gobierno a regular las “palabras provocadoras”, pero no lo autoriza a distinguir dentro de ellas las que le parezcan políticamente incorrectas, limitando de esa manera un discurso con base en la hostilidad o la simpatía que tenga hacia el mensaje subyacente; varios integrantes de la Corte hicieron votos particulares señalando que las facultades del gobierno para hacer frente a ese tipo de manifestaciones debían ser más amplias, sobre todo cuando se tratara de actos dirigidos contra minorías tradicionalmente discriminadas, como lo pueden ser las personas de color.¹⁸¹

C. *El financiamiento de la política*

La historia constitucional estadounidense presenta muchos casos interesantes para comprender los alcances de los derechos fundamentales y, en general, para penetrar en la lógica del Estado constitucional, pero también nos ofrece algunas decisiones que son difíciles de entender fuera del contexto social y político de los Estados Unidos. Tal es el caso de los criterios de la Corte Suprema que han entendido que la donación de dinero a partidos u otras organizaciones políticas es una manifestación que forma parte de la libertad de expresión y que, en consecuencia, las leyes que la limiten deben ser cuidadosas de no infringir la Primera Enmienda. Para la Corte los gastos en favor de un ideario político o realizados para promover o combatir una determinada política pública pueden formar parte de la expresión a favor de un partido, un candidato o una causa y en ese sentido los límites que las leyes puedan poner a esa expresión pueden vulnerar la Primera Enmienda (se trata del caso *Buckley vs. Valeo* de 1976; la misma tesis se aplicó a la legitimidad de los gastos de las grandes corporaciones en materia política en el caso *First National Bank of Boston vs. Bellotti* de 1978).

La doctrina —aunque no de forma unánime— se ha mostrado muy crítica con el criterio de esa sentencia y ha intentado demostrar que la donación de di-

¹⁸¹ Ver las observaciones de Coderch, Pablo Salvador, *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 20-23.

nero a las campañas no es una expresión, por un lado, y que el criterio de la Corte tenderá a hacer de la cuestión económica el factor determinante para una victoria electoral, lo cual puede tener profundas consecuencias negativas para la democracia en Estados Unidos.¹⁸²

Con respecto a lo primero, Owen Fiss concluye que las donaciones a los partidos sí estarían protegidas por la libertad de expresión, ya que “el dinero sí es una expresión o, más exactamente, que el acto de gastar dinero es una actividad tan expresiva como una manifestación pública, y es una vía tan importante para hacer avanzar los valores políticos de cada cual como el acto de vender un libro”,¹⁸³ si bien acepta que la limitación a las donaciones podría encontrarse en el principio de igualdad que protege la Decimocuarta Enmienda, ya que tales limitaciones situarían a los pobres en una situación de mayor igualdad política respecto a los ricos, “ofreciéndoles de ese modo una oportunidad para exponer sus intereses y para lograr que se tomen medidas que mejoren su posición económica”.¹⁸⁴

D. *La quema de banderas*

Como ya se ha dicho, la libertad de expresión alcanza a proteger expresiones o ideas que consideramos profundamente equivocadas y que pueden parecer incluso ofensivas para el criterio de la mayoría de la población; que tales expresiones, pese a ello, puedan seguir teniendo lugar en una sociedad democrática es una prueba más del carácter contramayoritario de los derechos fundamentales.

Lo anterior viene al caso porque uno de las expresiones simbólicas que cuentan con mayor aprecio en muchos países es la bandera nacional, la cual incluso puede llegar a ser venerada.¹⁸⁵ La Corte de Estados Unidos tuvo que enfrentarse al caso de la constitucionalidad de una ley local de Texas que imponía penas privativas de la libertad a quien quemara la bandera estadounidense en público. En la sentencia del caso *Texas vs. Johnson* de 1989, la Corte, en una votación dividida de 5 contra 4, consideró que tales penas eran inconstitucionales pues limitaban indebidamente la libertad de expresión, una libertad que la propia bandera contribuía a defender. Quemar una bandera, en opinión de la

¹⁸² Dworkin, Ronald, “Libertad de expresión, política y las dimensiones de la democracia”, *cit.*, pp. 381 y ss.

¹⁸³ *La ironía de la libertad de expresión*, *cit.*, p. 26.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 22.

¹⁸⁵ Sobre la obligación de venerar la bandera y a los demás símbolos patrios se volverá más adelante a propósito de la libertad religiosa.

Corte, era nada más que una *expresión simbólica*. William Brennan, quien fue el ponente de la sentencia, afirmó que es un principio incombustible de la Primera Enmienda que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea solamente porque la sociedad la encuentre ofensiva o desagradable y aseguró que el acto de quema de bandera que se juzgaba en ningún momento supuso una amenaza inminente para la paz social.¹⁸⁶

La sentencia del caso *Johnson* desató una fuerte controversia nacional y el Congreso de los Estados Unidos dictó una ley por medio de la cual prohibía la quema de banderas. Al poco tiempo, la Corte, por la misma mayoría de 5 a 4, la declaró también inconstitucional en el caso *United States vs. Eichman* de 1990.¹⁸⁷ En su voto particular a la sentencia, el juez John Paul Stevens sostuvo que la ley sí era constitucional ya que no impedía que los manifestantes expresasen de muchas otras maneras sus ideas de forma que la ley tenía un impacto mínimo sobre la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre actos que, sin llegar a quemarla, podrían profanar o ser ofensivos para su bandera; se trataba de una fotocomposición que daba como resultado, en la contraportada de un libro antimilitarista, la imagen de un hombre orinando sobre la bandera alemana. El Tribunal consideró que dicha composición satírica estaba protegida por la libertad de expresión, ya que el núcleo expresivo de la misma era simplemente una crítica (aunque fuera en forma grosera o poco elegante) constitucionalmente admisible.¹⁸⁸

E. La crítica a los funcionarios públicos

Hay algunos casos en la historia constitucional estadounidense que han tenido un impacto interno muy importante, y que también han contribuido al desarrollo de importantes líneas de interpretación judicial en otros países. Casos como el *Marbury vs. Madison*, *Brown vs. Board of Education* o *Roe vs. Wade* forman parte importante del constitucionalismo contemporáneo. En esa misma situación se encuentra el caso *New York Times vs. Sullivan* de 1964, sobre la que se ha dicho que es “probablemente una de las sentencias más citadas del siglo en los países de nuestra cultura”.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Un análisis más detenido del caso puede verse en Coderch, Pablo Salvador, *El mercado de las ideas, cit.*, pp. 36-45, con bibliografía adicional.

¹⁸⁷ Un comentario a esta sentencia se encuentra en *ibidem*, pp. 525-528.

¹⁸⁸ El caso es referido por Coderch, Pablo Salvador, *El derecho de la libertad, cit.*, p. 19.

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 254 y 255; en ese mismo libro puede encontrarse un extenso análisis de la sentencia, pp. 254-260.

El caso se generó porque L. B. Sullivan había demandado al periódico *New York Times* por publicar una inserción pagada en la que cuatro clérigos afroamericanos del estado de Alabama criticaban la actuación de las autoridades respecto a algunas manifestaciones en favor de los derechos civiles, varias de ellas encabezadas por Martin Luther King Jr. El señor Sullivan se sentía aludido por la inserción, ya que era el responsable del cuerpo de policía al que se criticaba, y señalaba que varias de las afirmaciones que se hacían eran falsas, como en efecto se demostró que lo eran en el curso del juicio. Sullivan obtuvo de los tribunales de Alabama el derecho a una indemnización por daños en su reputación, profesión, negocio u oficio, pero la Corte Suprema revocó esas sentencias al declarar inconstitucional la ley en la que se basaban, ya que violaba las enmiendas Primera y Decimocuarta y suponía una vulneración de la libertad de expresión.

La sentencia de la Corte fue dictada el 9 de marzo de 1964 bajo la ponencia del *justice* William Brennan y con una votación de 9 a 0.

En la opinión de Brennan, la protección que la Constitución ofrece a la libertad de expresión no depende de la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y creencias manifestadas. Es más, un cierto grado de abuso es inseparable del uso adecuado de esa libertad, a partir de la cual el gobierno y los tribunales deben permitir que se desarrolle un debate “desinhibido, robusto y abierto”, lo que puede incluir expresiones cáusticas, vehementes y a veces ataques severos desagradables hacia el gobierno y los funcionarios públicos. Los enunciados erróneos son inevitables en un debate libre, y deben ser protegidos para dejar a la libertad de expresión aire para que pueda respirar y sobrevivir. Las normas deben impedir que un funcionario público pueda demandar a un medio de comunicación o a un particular por daños causados por una difamación falsa relativa a su comportamiento oficial, a menos que se pruebe con claridad convincente que la expresión se hizo con malicia real, es decir, con conocimiento de que era falsa o con indiferente desconsideración de si era o no falsa.¹⁹⁰

En la jurisprudencia posterior, la Corte se ha mostrado oscilante acerca de si la doctrina del caso *Sullivan* podía extenderse a particulares, y concretamente a personajes públicos como actores, atletas o personas que, sin ser funcionarios públicos, eran conocidos por la opinión pública. Bajo ciertas circunstancias la Corte ha extendido a estos sujetos la tesis de *Sullivan* (como en *Curtis Publishing vs. Butts* de 1972 o en *Associated Press vs. Walker* de 1967), pero en otras no (como en *Gertz vs. Robert Welch Inc.* de 1974).

¹⁹⁰ Sobre el concepto de “malicia real”, *cfr.* Alén, Luis H., “La doctrina de la ‘actual malicia’ o real malicia”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000, pp. 157 y ss., y Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, *cit.*, pp. 601 y ss.

El criterio de Sullivan fue retomado, en varias de sus partes, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lingens* de 1986.¹⁹¹

La última parte del artículo 6o. de la Constitución mexicana establece la obligación del Estado de garantizar el derecho a la información, mismo que será estudiado dentro del capítulo que se refiere a los derechos de seguridad jurídica (capítulo cuarto, *infra*).

7. La libertad de expresión en la era del Internet

Una parte de la teoría social y en particular de la teoría jurídica ha recalcado el hecho de que la libertad de expresión sufrirá importantes cambios o los está sufriendo ya debido al uso masivo del Internet. Para algunos, los cambios son muy positivos y contribuyen de forma importante a fortalecer los sistemas hasta ahora existentes de la libertad de expresión y de otras libertades (por ejemplo las que tienen que ver con la participación política); para otros, Internet puede suponer un grave riesgo para los ideales que originalmente alimentaron a la libertad de expresión, los cuales pueden peligrar si no se regula correctamente el uso de la llamada red de redes.¹⁹²

Como quiera que sea, lo que es imposible de negar es que el fenómeno del Internet ha penetrado y está influyendo en numerosos aspectos cotidianos de nuestras vidas. La forma de obtener información, la manera de comunicarnos con nuestros familiares o amigos que están lejos, las posibilidades de realizar contratos o de revisar nuestros estados de cuenta del banco, el derecho de participación política y las formas de la democracia participativa, son solamente algunos de los aspectos en los que la red ha cobrado una gran importancia y ha tenido un impacto directo en los últimos años.

Como suele suceder en los temas que tienen un gran dinamismo y que se desarrollan a velocidades de vértigo, el derecho ha tardado más de lo razonable en comenzar a enterarse de la existencia del Internet. Los juristas apenas están comenzando a descubrir la “galaxia Internet”, como la ha llamado Manuel Castells. Pero los resultados hasta el momento son alentadores para el mundo jurídico; hay una gran cantidad de información jurídica disponible en línea, los tribunales y los despachos de abogados comienzan a comunicarse a través del correo electrónico, la policía aprende a utilizar la red para dar con bandas del crimen organizado, la esfera pública se ha nutrido de debates y partici-

¹⁹¹ Coderch, Pablo Salvador, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 275 y ss.

¹⁹² Un análisis muy completo sobre el tema puede verse en Fernández Rodríguez, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, México, IIJ-UNAM, 2004.

paciones a través de un gran número de páginas de Internet, y así por el estilo. El planeta de los juristas parece estarse acercando, aunque sea de forma lenta y cautelosa, al Internet.

No es el momento de hacer una reflexión general sobre el impacto del Internet en el mundo jurídico; más bien nos limitaremos a exponer algunas cuestiones que la red ha puesto en la mesa del debate en relación con la libertad de expresión.

Para empezar hay que poner en claro que Internet permite diversas formas de comunicación, cada una de las cuales genera una diversa posición jurídica en términos del aseguramiento de los derechos. Por ejemplo, es distinta la forma en que se podría exigir responsabilidad a un servidor de Internet que aloja a páginas que hacen apología de la violencia, que la manera de regular las injurias que se pueden vertir en un *chat* o en otra forma de conversación virtual. Tampoco es lo mismo el derecho a la intimidad que protege a los mensajes enviados por correo electrónico que el ámbito de protección que pudiera tener una exposición en línea de fotos personales. Lo importante es subrayar el hecho de que las posibilidades comunicativas y expresivas en Internet son múltiples y que haría falta estudiar detenidamente cada una de ellas para ofrecer un panorama completo de las formas en que la libertad de expresión les es aplicable.

No es esa, sin embargo, la intención de este apartado. De lo que se trata es de poner de manifiesto que la red de redes genera oportunidades y riesgos para la libertad de expresión.

Habría que considerar, preliminarmente, que con datos de finales de 2002, hay en el mundo poco más de 600 millones de usuarios de Internet, es decir, una cantidad cercana al 10% de la población mundial. Se calcula que existen unos 2,500 millones de páginas web, cantidad que a la que diariamente se suman otros siete millones de documentos. No se tienen cifras exactas, pero no es exagerado suponer que cada día circulan por la red cientos de millones de correos electrónicos.¹⁹³ Estas cifras no reflejan, sin embargo, que la tecnología de Internet sigue siendo un privilegio de los países ricos, en cuyos territorios se concentran tanto el mayor número de usuarios como la mayoría de la localización de las páginas y de los programas necesarios para crearlas. La conexión a Internet, en la modalidad más extendida hasta el momento, sigue dependiendo del acceso a líneas telefónicas, mismas que todavía son muy difíciles de conseguir en los países pobres (y en todo caso a un costo que no pueden asumir la

¹⁹³ Datos tomados de *El Atlas de Le Monde Diplomatique*, Madrid, abril de 2003, p. 10.

mayor parte de sus habitantes). También es indispensable contar con un ordenador personal, cuya adquisición no es fácil fuera de los países ricos.¹⁹⁴

Una de las mejores oportunidades y de sus más grandes ventajas es que Internet supone, por sí solo, un enorme foro en donde expresar las opiniones. Con un costo relativamente bajo se puede crear una página web que permite dar a conocer de forma ilimitada a todos los internautas una determinada opinión, una noticia, etcétera. La comunicación que se puede realizar por medio del *e-mail* es también fabulosa, ya que pulveriza literalmente los tiempos de recepción del mensaje y permite una mayor fluidez en el intercambio comunicativo. Cotidianamente se levantan miles de sondeos de opinión en línea, que nos permiten emitir nuestros punto de vista sobre las más variadas cuestiones desde la comodidad de nuestro escritorio. También desde la pantalla de nuestro ordenador, en casa o en la oficina, podemos comprar libros, automóviles, reservar boletos de avión o hacer consultas médicas; Internet significa, tanto en el ámbito de la libertad de expresión como en otros, un aumento de las posibilidades y de la comodidad para llevar a cabo miles de actividades.

Junto a lo anterior, que es muy positivo, hay que tomar en cuenta que la red genera, como todo instrumento de comunicación, sus propios riesgos. Autores como Sunstein se muestran preocupados por la capacidad que a través de la red adquieren las personas para “filtrar” información, es decir, la capacidad para acceder solamente a la información (en sentido amplio, no me refiero solamente a noticias, sino a todo tipo de contenidos) que nos interesa. Esto puede provocar, según el autor, que miles o incluso millones de personas se encuentren escuchando permanentemente “el eco de sus propias voces”, lo que conllevaría el peligro de que sus puntos de vista se fueran extremando en la medida en que no podrían ser sometidos al contraste con posiciones que sostengan ideas distintas. Para demostrar su afirmación, el autor ha investigado en un número considerable de páginas con contenidos políticos y ha llegado a la conclusión de que no solamente no daban ningún espacio a opiniones distintas a las suyas, sino que ni siquiera se molestaban en incluir vínculos (*links*) a esas páginas para que el lector pudiera encontrar información plural sobre un determinado tema.¹⁹⁵ Es decir, en Internet es muy probable que las personas terminen acce-

¹⁹⁴ Cass R. Sunstein nos recuerda que la adquisición de una computadora le cuesta a un ciudadano medio de los Estados Unidos el salario de un mes, mientras que a un trabajador de Bangladesh le cuesta el salario de ocho años; Sunstein, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, cit., p. 30.

¹⁹⁵ Sunstein, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, cit., p. 68. Sobre el pluralismo posible en Internet desde un punto de vista jurídico, cf. Boix Palop, Andrés, “Libertad de expresión y pluralismo en la red”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 65, mayo-agosto de 2002, pp. 133 y ss.

diendo a informaciones que son concordantes y que sirven para alimentar sus propios puntos de vista, de manera que el carácter plural que normalmente tienen otros medios de comunicación no se daría en la red.

De esta forma, en Internet se realizaría solamente de manera muy imperfecta el ideal del “foro público” como espacio en el que cualquier persona puede acceder a una gama muy variada, amplia y plural de puntos de vista, lo cual iría en detrimento de los fundamentos cívicos y republicanos que han animado tradicionalmente la libertad de expresión. Para Sunstein, la idea del “foro público” (que puede ser una calle, un parque, un edificio público, etcétera) tiene al menos tres ventajas que no se podrían realizar del todo en Internet y que son importantes para la vitalidad de un sistema de libertad de expresión y, consecuentemente, para la fortaleza de un sistema democrático:¹⁹⁶ *a)* en primer lugar, el foro público garantiza el acceso de los oradores a un gran número de personas, las cuales de otro modo no recibirían ese mensaje; *b)* la idea del foro público no solamente permite tener acceso a un grupo heterogéneo de personas, sino también a instituciones y personas hacia las que se dirige una cierta reclamación (son básicas, en este sentido, las manifestaciones afuera de las oficinas públicas o en las puertas de una industria contaminante, por ejemplo); y *c)* el foro público permite que los individuos estén expuestos a una amplia variedad de opiniones y puntos de vista, que les permita contar con mayores elementos para conformar los suyos propios, para ponerlos en duda o, llegado el caso, incluso para abandonarlos.

Desde otro punto de vista, hay que estar atentos a los riesgos de suplantación, simulación y exclusión que Internet puede suponer si se intenta utilizar como un sucedáneo de los tradicionales mecanismos de verificación de las preferencias electorales. Se trata del tema del “voto electrónico” (o, más ampliamente, de la “democracia electrónica”), es decir, del sufragio realizado a través de Internet. Es importante señalar que, de momento, esa posibilidad debe rechazarse como mecanismo generalizado de consulta, al menos en países como México, en los que el número de personas con acceso a la red todavía es muy limitado.¹⁹⁷

En términos generales, existe una cierta corriente de pensamiento que, apoyada en el carácter novedoso del Internet, ha defendido la necesidad de que la red permanezca ajena a cualquier tipo de regulación. Esta postura no solamente no es atendible, sino que es sencillamente irreal puesto que la regulación de

¹⁹⁶ Sunstein, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, cit., pp. 39-41.

¹⁹⁷ Algunas otras previsiones sobre la democracia electrónica y su potencialidad negativa sobre la igualdad han sido expuestas en Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad política”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, enero-diciembre de 2002, pp. 76-79.

muchos aspectos del Internet ya existe en la actualidad; por ejemplo, en lo que respecta a los derechos de propiedad de los servidores que permiten el acceso a la red, de los derechos y obligaciones de quienes ofrecen servicios o compran por Internet, del derecho a la intimidad del propio correo electrónico o de los datos personales (de carácter médico, bancario, etcétera) que se envían por ese medio y así por el estilo. De la misma forma, la libertad de expresión también está sujeta a reglas; dicha libertad no alcanza para enviar un correo electrónico con un virus que destruya toda la información de quien lo recibe o para poner en línea las instrucciones para fabricar una bomba.¹⁹⁸

En virtud de que Internet es también un medio de comunicación, no habría razones para dejar de imponer a los administradores de la red algunas de las obligaciones de servicio público que tienen otros medios de comunicación (por ejemplo, la radio y la televisión); en consecuencia, quizá podría pensarse que algunas páginas (Sunstein sostiene que podría empezarse por las más visitadas) tuvieran la obligación de incorporar ya sean *links* o hipervínculos hacia otras páginas que abordaran cuestiones de interés general (por ejemplo páginas de educación para menores) o páginas que ofrecieran puntos de vista distintos al que se refleja en la página a la que se está accediendo.¹⁹⁹

Lo que es indudable es que sobre Internet habrá que seguir reflexionando y que, al menos como principio, no hay razón alguna para suponer que en sus territorios virtuales no rija también, de alguna manera, la libertad de expresión.

VII. LIBERTAD DE IMPRENTA (ARTÍCULO 7o.)

El artículo 7o. de la Constitución mexicana contiene una modalidad del genérico derecho de libertad de expresión del artículo 6o. que ha sido objeto de estudio en el apartado anterior; se trata de la libertad de prensa o de imprenta, es decir, del derecho a publicar y difundir ideas a través de medios impresos. El texto del artículo 7o. es el siguiente:

Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que sea pretexto de las denuncias por delito de prensa, sean encarcelados los expen-

¹⁹⁸ Ambos ejemplos los utiliza Sunstein en su libro citado; son reales y, cada uno dentro de su modalidad, pueden causar enormes daños en términos de vidas humanas y económicos.

¹⁹⁹ Sunstein, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, cit., pp. 169 y ss.

dedores, “papeleros”, operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos.

La libertad de expresión gráfica o impresa es una conquista esencial de cualquier régimen democrático, de modo que puede decirse que sin ella no puede haber democracia. Ya en la Declaración francesa de 1789 se establecía que “La libre comunicación de los pensamientos y las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo hombre puede hablar, escribir o imprimir libremente, pero debe responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley” (artículo 11). Años más tarde Alexis de Tocqueville escribía que

Mientras más observo la independencia de la prensa en sus principales efectos, más llego a convencerme de que, en la época actual, la independencia de la prensa es el elemento capital, y por decirlo así constitutivo de la libertad. Un pueblo que quiere permanecer libre tiene, pues, el derecho de exigir que a toda costa se la respete.²⁰⁰

La libertad de imprenta debe ser actualmente entendida en un sentido amplio, de forma que pueda tutelar también la expresión de ideas realizada a través de medios electromagnéticos o electrónicos).

Como en el caso de la libertad de expresión, también la regulación constitucional del artículo 7o. tiene diversos antecedentes constitucionales en la historia de México;²⁰¹ la libertad de imprenta aparecía ya en la Constitución gaditana de 1812.²⁰²

Vale la pena subrayar que la publicación a la que se refiere la primera parte del artículo 7o. puede hacerse bajo cualquier soporte que permita integrar y transmitir textos, incluyendo los de tipo informático o electromagnético. Esto significa, entre otras cosas, que la libertad de escribir y publicar alcanza también a proteger el ejercicio que de dichas actividades se haga a través de Internet o de discos compactos (CD-Rom).

²⁰⁰ *La democracia en América*, cit., p. 208.

²⁰¹ Una revisión de los temas importantes de la libertad de imprenta en el siglo XIX se encuentra en Soberanes Fernández, José Luis, “Historia del Poder Judicial y los medios de comunicación (siglo XIX)”, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias (1836-2001)*, México, Porrúa, 2002, pp. 1-50.

²⁰² Villanueva, Ernesto, *Derecho mexicano de la información*, cit., pp. 24 y ss.; López-Ayllón, Sergio, “Notas para el estudio...”, cit., pp. 497 y ss.; Soberanes, José Luis, “Historia del Poder Judicial y los medios de comunicación (siglo XIX)”, cit., pp. 4 y ss.

De nuevo, encontramos limitaciones poco precisas en la regulación que de la libertad de imprenta se hace por el artículo 7o. Aparecen esta vez la vida privada²⁰³ y la paz pública,²⁰⁴ conceptos ambos de contornos poco precisos.

Parece que los redactores de la Constitución hicieron uso en el artículo 7o. de términos muy “elásticos” al fijar los límites del derecho de libertad de expresión gráfica. Por eso, dichos términos deberán ser interpretados de forma muy estricta tanto por el legislador al momento de dictar la regulación de rango legal, como por la jurisdicción constitucional al momento de confrontar esa legislación con lo dispuesto en el texto de la carta fundamental. Concretamente, debe realizarse una interpretación muy restringida de los supuestos que puede prever el Código Penal en relación con los delitos cometidos en abuso de la libertad de imprenta, que actualmente parecen ser bastantes más de los debidos, tanto a nivel federal como local.

En términos generales, al estudiar los límites a la libertad de prensa debe tomarse en cuenta que, como señala Gregorio Badeni,

La determinación de los límites para la libertad de prensa se enfrenta con problemas que son muy difíciles de superar en el marco de un sistema democrático constitucional. Es que la experiencia nos enseña que la sanción de las publicaciones ha sido uno de los recursos preferidos por los gobernantes para suprimir toda crítica, o impedir la discusión de temas públicos, o trabar el desenvolvimiento de nuevas concepciones políticas o culturales. Además, la movilidad de esos límites revela que, muchas veces, la libertad de prensa fue desnaturalizada con el propósito de salvaguardar ciertas situaciones, soluciones o ideas esencialmente transitorias frente al dinamismo de la vida social.²⁰⁵

La problemática jurídica de la libertad de imprenta en México no se encuentra muy bien resuelta a nivel legislativo, pues la vigente Ley de Imprenta es de 1917, anterior incluso a la entrada en vigor del propio texto constitucional. Es fundamental que el Congreso de la Unión dicte una regulación moderna para el mejor ejercicio y la efectiva protección de la libertad de imprenta. La Ley contiene aspectos claramente contrarios al texto constitucional y a varios tratados internacionales en materia de derechos humanos; por ejemplo, considera como ataque al orden o a la paz pública “Toda publicación prohibida por la ley o por

²⁰³ La explicación de la regulación internacional del derecho a la privacidad o a la vida privada se encuentra en Carpizo, Jorge, “Los tratados internacionales, el derecho a la información y el respeto a la vida privada”, en su libro *Nuevos estudios constitucionales*, cit., pp. 445 y ss.

²⁰⁴ Ver el artículo 3o. de la Ley de Imprenta.

²⁰⁵ Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., p. 191.

la autoridad por causa de interés público, o hecha antes de que la ley permita darla a conocer al público”. ¿Desde cuando la Ley puede determinar que el “interés público” es una limitación a las libertades de expresión e imprenta? Es un término que no se encuentra en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución, que regulan el ejercicio de las libertades mencionadas; al no estar expresamente incluido en la Constitución la Ley de Imprenta no puede incorporarlo, porque entonces estaría yendo más allá que el texto constitucional, al limitar indebidamente un derecho fundamental.

En relación al concepto de “orden público” y tomando como fundamento justamente lo dispuesto en la Ley de Imprenta, se han dictado algunos criterios jurisprudenciales bastante peligrosos, como el siguiente:

ORDEN PÚBLICO, ATAQUES AL, CON MOTIVO DE PROPAGANDA POLÍTICA. La Ley de Imprenta de 1917, en el inciso I de su artículo 3o., define lo que debe entenderse como ataques al orden público, y considera que toda manifestación maliciosa, hecha públicamente, por medio de discursos o de la imprenta, que tenga por objeto desprestigar, ridiculizar o destruir las instituciones fundamentales del país, trastornan el orden público, por lo que el formar parte de una manifestación de carácter comunista, llevando carteles con inscripciones alusivas tendentes a propagar la doctrina soviética; pronunciar discursos exaltando esas ideas y denominar funcionario fascista al presidente de la República, lanzando mueras en su contra, para exteriorizar la inconformidad de los manifestantes, con el sistema de gobierno atacado, no constituye propiamente un conjunto de actos que trastornen el orden público, ya que tienen por objeto principal, hacer prosélitos y atraer adeptos a la doctrina soviética. Amparo penal directo 4709/31. Camps Trujillo Federico y coagraviados. 10 de mayo de 1933. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta época, primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXVIII, p. 221.

La vaguedad del concepto “orden público” había sido ya advertida por Francisco Zarco durante el Congreso Constituyente de 1856-1857. En las sesiones del 25 y 28 de julio de 1856 afirmaba Zarco desde la tribuna del Congreso, con la retórica ilustrada propia de los grandes intelectuales del siglo XIX mexicano, que

el orden público, señores, es una frase que inspira horror... Un gobierno que teme la discusión, ve comprometida la paz y atacado el orden público si se censuran los actos de los funcionarios; el examen de una ley compromete el orden público; el reclamo de reformas sociales amenaza el orden público; la petición de reformas a una Constitución, pone en peligro el orden público. Este orden público es deleznable y quebradizo y llega a destruir la libertad de la prensa, y con ella todas las libertades.

Por otro lado, la Ley de Imprenta emplea términos que provocarían sonrojo de sólo oír que pudieran estar incluidos en una norma de rango legislativo: las ofensas al pudor, a la decencia y a las buenas costumbres (*sic*) realizadas en algún medio impreso o verbalmente se consideran “ataques a la moral”. También cae en el mismo supuesto alentar la práctica “de actos licenciosos o impúdicos”, por los cuales deben entenderse (se encarga de precisar el artículo 2o. de la Ley) “todos aquellos que, en el concepto público, estén calificados de contrarios al pudor”.

Habla la Ley, en su artículo 9o., de la Secretaría de Guerra, que ya ni siquiera existe en México (y desde hace varios años, por cierto). Ese mismo artículo no permite “Publicar las palabras o expresiones injuriosas u ofensivas que se vieran (*sic*)... en las sesiones de los cuerpos públicos colegiados”. Bien aplicado, este precepto haría harto compleja la cobertura periodística de algunas sesiones de nuestro Honorable Congreso de la Unión, donde han sonado incluso desde la tribuna varios calificativos que entran en el supuesto de la norma mencionada.

Se refiere también la Ley al artículo 904 del Código Penal del Distrito Federal; si el lector busca en dicho Código verá que ese artículo no existe. El Código no tiene tantos artículos. Desde 1931 (cuando era código a la vez federal para toda la República y local para el Distrito Federal) apenas llegaba a los 400 artículos.

Las sanciones que establece la Ley de Imprenta no son, sin embargo, para dar risa. Pueden alcanzar los dos años de cárcel; hay también multas que van de los cinco a los cincuenta pesos (artículo 31 por ataques a la vida privada), o de los veinte a los quinientos pesos (artículo 32 por ataques a la moral). Veamos con algo más de detalle el tema de las sanciones en la Ley.

Las penas privativas de la libertad que establece la Ley son proporcionales a la investidura del funcionario público, para el caso en que se profieran injurias en su contra. Así por ejemplo, injuriar a instituciones tan nobles como el Congreso de la Unión, a la Suprema Corte o al Ejército puede suponer una pena de hasta dos años de prisión (artículo 33, fracción III). Sin embargo, vale la pena tomar nota de que si la injuria se pronuncia no contra la institución, sino contra alguno de sus integrantes en concreto la pena baja notablemente y puede ir de uno a seis meses de arresto y multa de cincuenta a trescientos pesos (artículo 33, fracción VI). Injuriar al presidente, “en el acto de ejercer sus funciones o con motivo de ellas”, puede alcanzar una pena de hasta año y medio de prisión, y multa de cien a mil pesos (artículo 33, fracción IV). Hasta un año de prisión contempla la Ley por injuriar a algún secretario de Estado o a algún gobernador (artículo 33, fracción V).

También existe una sanción de uno a once meses de arresto y multa de cincuenta a quinientos pesos al que injurie a alguna “nación amiga, a los jefes de ellas, o a sus representantes acreditados en el país” (artículo 33, fracción VIII). A las “naciones enemigas”, podría deducir el intérprete, se les puede injuriar libremente.

La expedición de una nueva Ley de Imprenta debe enmarcarse por tanto en una estrategia de más largo alcance que genere un marco jurídico moderno para los medios, los lectores, radioescuchas o televidentes y las autoridades.

En dicho marco jurídico deben incluirse aspectos tan obvios como el derecho de rectificación,²⁰⁶ las reglas para la publicidad gubernamental, la cláusula de conciencia de los comunicadores, el secreto profesional de los mismos,²⁰⁷ el acceso y publicación de la información generada desde los órganos públicos o por personas que utilicen fondos públicos, etcétera.

Una democracia moderna supone que todos los poderes (los públicos desde luego, pero también los privados) se encuentran sujetos a la Constitución y a las leyes. Los medios no pueden ser la excepción.²⁰⁸ Y no lo pueden ser, incluso, en su propio beneficio. Es decir, a los medios también les conviene contar con una regulación clara. Por ejemplo en los temas de las concesiones, para el caso de los medios electrónicos; o en lo relativo a determinación de las responsabilidades por publicar informaciones falsas, que generen daño moral o que difamen, en el caso de los medios impresos.

Al interpretar las disposiciones de la Ley de Imprenta que hacen referencia a la vida privada, el Poder Judicial federal ha sostenido la siguiente tesis:

ATAQUES A LA VIDA PRIVADA (LEY DE IMPRENTA). El artículo 1o. de la Ley de Imprenta se refiere desde su epígrafe a ataques a la vida privada, no obstante que en su texto la fracción I alude a que las manifestaciones o expresiones circulen en público, ello no desvirtúa su disposición de que tales expresiones se refieran a la vida privada. La Ley no da un concepto de vida privada de una manera explícita, pero sí puede decirse que lo contiene implícito, toda vez que en los artículos siguientes se refiere a los ataques a la nación mexicana, a las entidades políticas que la forman, a las entidades del país y a la sociedad. *Para determinar lo que es la vida privada puede acudirse al método de la exclusión y sostener que vida privada es aquella que no*

²⁰⁶ Sobre este derecho se regresa en el apartado VIII “Derecho de rectificación”, *infra*, del presente capítulo.

²⁰⁷ Al respecto, Carrillo, Marc, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, en Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos*, *cit.*

²⁰⁸ Al respecto, Trejo Delarbret, Raúl, “Civilizar a los poderes salvajes. Ilimitado dominio de los medios de comunicación”, en VV.AA., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 133 y ss.

constituye vida pública. Precisando dicho concepto, puede afirmarse que la vida que observan los funcionarios con este carácter, es decir, en el desempeño de su cargo y que es lo que interesa a la sociedad, se opone a las actividades del individuo como particular, a sus actividades en el hogar y en la familia. Esto da la tónica para considerar cuáles fueron los ataques que la Ley de Imprenta quiso reprimir en la fracción I y en la IV del artículo 1o. de la Ley de Imprenta. Allí se contiene una limitación a las garantías de los artículos 6o. y 7o. constitucionales, pero se refiere a la vida privada, no a la que observan los funcionarios en el desempeño de su cargo, pues esto interesa a la sociedad, y la crítica que la misma o sus componentes hagan, es legal si no se ataca a la moral, a los terceros o al orden público. El propio artículo 6o. de la Ley de Imprenta autoriza la crítica a los funcionarios o empleados públicos, pues *no debe olvidarse que la opinión pública es el medio de controlar a los depositarios del poder y que la libertad de prensa es necesaria para la vida política y social y que debe interpretarse con criterio amplio atendiendo al fin que es el bien público, social, general.* En estas condiciones, es indudable que no existe el delito, si los hechos imputados por el quejoso a las personas que menciona en sus publicaciones no se refieren a sus actividades particulares sino al ejercicio de su cargo en una institución descentralizada, pero por lo mismo, una institución de carácter público; y aun cuando, como en la inmensa mayoría de los actos ilícitos, esas actividades se realizaran en forma oculta, ello no les quita su carácter de actividad pública en atención a su relación con el cargo de funcionarios o empleados públicos de los presuntos ofendidos. Sexta época, primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. segunda parte, VII, p. 10.

Otros criterios importantes sobre las consecuencias penales que se pueden generar por medio de la prensa son los siguientes:

DIFAMACIÓN, DELITO DE, COMETIDO POR MEDIO DE LA PRENSA. La difamación consiste en comunicar dolosamente a una o más personas la imputación que se hace a otra persona de un hecho cierto o falso determinado o indeterminado que pueda causar deshonra, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio de alguien, por lo que el litigante que ordena la publicación de un artículo satírico y ofensivo para censurar, no solamente los errores de procedimiento o la defectuosa aplicación de la ley en un litigio en que es parte, sino para zaherir a un funcionario judicial, tanto en su actuación como en su calidad de profesor de derecho, procede dolosamente, ya que para defender sus intereses en el litigio dispone de los recursos legales correspondientes, sin recurrir a publicaciones denigrantes, que integran el delito de difamación, ya que equivale a comunicar esos hechos no sólo a una o más personas, sino al público en general. Amparo directo 5519/63. Jesús Fregoso Ibarra. 30 de abril de 1965. Cinco votos. Ponente: Ángel González de la Vega. Sexta época, primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, segunda parte, t. XCIV, p. 18.

INJURIAS, DELITO DE, COMETIDO POR MEDIO DE LA PRENSA. Las frases empleadas en una publicación periodística, afirmando que el ofendido actuó de mala fe en un litigio, comprueban el delito de injurias, dada la calidad del sujeto pasivo en su carácter de juez y doctor en derecho, pues éstas lo ofenden e implican una muestra de desprecio por parte del procesado. Amparo directo 5519/63. Jesús Fregoso Ibarra. 30 de abril de 1965. Cinco votos. Ponente: Ángel González de la Vega. Sexta época, primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, segunda parte, t. XCIV, p. 22.

Estos criterios judiciales demuestran, una vez más, la necesidad de alejar al derecho penal del uso de la palabra, utilizada en forma oral o escrita.

Para complementar el régimen constitucional de la libertad de imprenta, debe mencionarse que el artículo 20, apartado A, fracción VI dispone que “En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior e interior de la nación”.

Dentro del derecho comparado, se observa una regulación muy precisa de la libertad de prensa por ejemplo en la Constitución portuguesa de 1976. Su artículo 38, luego de una reforma de 1989, establece que:

1. Se garantiza la libertad de prensa.
2. La libertad de prensa implica:
 - a) La libertad de expresión y creación de los periodistas y colaboradores literarios, así como la intervención de los primeros en la orientación editorial de los respectivos órganos de comunicación social, salvo cuando pertenezcan al Estado o tengan naturaleza doctrinaria o confesional;
 - b) El derecho de los periodistas, según lo dispuesto en la ley, al acceso a las fuentes de información y a la protección de la independencia y del secreto profesionales, así como el derecho de elegir consejos de redacción;
 - c) El derecho de fundar periódicos y cualesquiera otras publicaciones, sin autorización administrativa, caución o habilitación previa...

La veracidad informativa y el daño moral

La jurisprudencia mexicana ha precisado que en ejercicio de la libertad de expresión, los profesionales de la comunicación deben seguir ciertas reglas de diligencia antes de dar a conocer ciertas noticias. Los medios deben corroborar la veracidad de las notas que publican, porque de lo contrario, si dichas notas afectan a alguna persona, pueden causar un daño moral al afectar su prestigio, honor o reputación. El texto de la tesis es el siguiente:

DAÑO MORAL. PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS QUE LO CAUSAN. El artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, dispone que por daño moral se entiende la alteración profunda que la víctima sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, reputación, honor,

vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito; por su parte el diverso numeral 1830 del ordenamiento legal en cita, establece que es ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. En ese orden de ideas, para no incurrir en alguna de las hipótesis contenidas en tales preceptos legales, *los medios de comunicación impresa están obligados a corroborar la veracidad de las notas informativas que pretendan publicar; es decir, deben verificar que aquello que van a hacer del conocimiento público se apegue a la realidad, para estar en aptitud de publicar una información objetiva y veraz, y no afectar el honor y reputación de las personas, causándoles un demérito en su prestigio*, lo que de acuerdo con el artículo 1o. de la Ley de Imprenta vigente, constituye un ataque a la vida privada, única limitante a la libertad de expresión, prevista en los numerales 6o. y 7o. de la Constitución federal; en consecuencia, *dichos medios deben ajustar a la verdad sus notas informativas, cuidando además los términos que emplean al redactarlas, atendiendo a que no debe ser justificante que quien hace una publicación ignore el significado jurídico del término empleado, puesto que el desconocimiento de la ley no puede servir de excusa para un medio de comunicación que se presume cuenta con especialistas y profesionales en la labor informativa*. Novena época, tribunales colegiados de circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, mayo de 2000, p. 921.

Quizá sea razonable exigir a los medios cierta diligencia al dar a conocer la información, pero exigirles que se apeguen a la verdad (de nuevo el singular totalizador, como en el caso de *la moral*) tal vez sea un poco excesivo. Desde luego, la libertad de expresión no es libertad para decir mentiras o difamar a las personas, pero la obligación de que todo lo que se publique sea verdadero (cuando la verdad es algo que, de existir, puede ser muy relativo), probablemente esté fuera de los alcances cotidianos de un ejercicio comunicativo profesional.²⁰⁹

Curiosamente, sin embargo, la Constitución española de 1978 sí exige la veracidad como componente de la libertad de información. El texto de su artículo 20 dispone que “1. Se reconocen y protegen los derechos: d) A comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”.

Al interpretar la extensión de la veracidad exigida por este precepto el Tribunal Constitucional español ha manifestado que “al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático... La libertad de expresión comprende la de errar... la afirmación de la verdad absoluta, concep-

²⁰⁹ Véanse, sin embargo, las observaciones de Luis Javier Mieres sobre la “calidad democrática” que debe tener la información, “La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?”, cit., pp. 252 y ss.

tualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa..." (Sentencia 176/1995). En otra sentencia, el mismo órgano manifiesta que "las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la *verdad* como condición para el reconocimiento del derecho la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio" (Sentencia 6/1988).

El mismo Tribunal ha señalado que se debe distinguir cuándo los medios de comunicación *transmiten informaciones* y cuándo *emiten juicios de valor* o calificativos; si sucede lo primero, a los tribunales les correspondería eventualmente juzgar si lo informado es o no veraz; si se trata de lo segundo, entonces los jueces deben verificar si los juicios de valor contienen expresiones vejatorias. Desde luego, ambas situaciones se pueden verificar en un mismo ejercicio comunicativo, de forma que a la vez se esté transmitiendo información y emitiendo juicios de valor; en la práctica, de hecho, las dos formas de comunicar suelen confundirse. En este contexto, el Tribunal afirma que

la veracidad exigida constitucionalmente a la información no impone en modo alguno que se deba excluir, no podría hacerlo sin vulnerar el derecho a la libertad de expresión... la posibilidad de que se investigue el origen o causa de los hechos, o que en ocasión de ello se formulen hipótesis al respecto, como tampoco la valoración probabilística de esas mismas hipótesis o conjeturas. En otras palabras, la narración del hecho o la noticia comportan una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para la redacción de la misma como para escoger el modo de transmitirla; de modo que la noticia constituye generalmente el resultado de una reconstrucción o interpretación de hechos reales, ejerciendo el informador su legítimo derecho a la crítica, debiendo distinguirse, pues, entre esa narración, en la que debe exigirse la diligencia debida en la comprobación de los hechos, y la crítica formulada expresa o implícitamente al hilo de esa narración, donde habrá que examinar, en su momento, si es o no formalmente injurioso o innecesario para lo que se desea expresar... Sentencia 297/2000.

Comentando el tema de la veracidad de la información, Álvaro Rodríguez Bereijo afirma que

Lo que el requisito de *veracidad* supone es que el informador tiene un especial deber de comprobar la realidad de los hechos mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional. Puede que, pese a ello, la información resulte errónea, lo que obviamente no puede excluirse totalmente... *Información*

mación veraz significa, pues, información comprobada o contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa.²¹⁰

En el mismo sentido, Rissó Ferrand escribe lo siguiente:

¿Qué es información veraz? No es aquella incontrovertible (hechos plenamente demostrados) sino aquella que el informador transmite como “hechos” que han sido previamente objeto de contraste con datos objetivos. Se priva así de esta garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, sin desplegar la diligencia exigible en esa comprobación. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, y menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su verdad objetiva sea controvertible.²¹¹

La necesidad de que la información sea verdadera para proteger o limitar la libertad de expresión también han sido objeto de estudio por la Suprema Corte de Estados Unidos, que en el conocido caso *New York Times Co. vs. Sullivan* que ya hemos analizado, hizo afirmaciones parecidas a las que se acaban de transcribir del Tribunal Constitucional español y de Rodríguez Bereijo. Por ejemplo, en la sentencia se sostiene que las afirmaciones erróneas son inevitables en el libre debate e incluso ellas deben ser protegidas si se quiere que la libertad de expresión tenga el espacio para respirar que necesita para sobrevivir. Por supuesto, no toda información falsa está protegida; por ejemplo, no lo está, en el criterio de la Corte, aquella que haya sido emitida de forma maliciosa, sabiendo de antemano que era falsa o sin la diligencia necesaria para saber si lo era o no.

Respecto a la verificación estricta y exhaustiva de la información antes de darla a conocer por medio de los canales de comunicación, hay que distinguir entre si se trata de informaciones que afecten —o no— a funcionarios públicos o personas de relevancia pública, o si se refieren a simples particulares. En el segundo caso, la diligencia requerida es mucho mayor, ya que tratándose de informaciones de relevancia pública, lo que debe primar es la posibilidad de generar y llegar a conocer todas las afirmaciones y noticias, lo cual supone inclu-

²¹⁰ “La libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, cit., p. 4. Ver también las observaciones de Villaverde Menéndez, Ignacio, *Los derechos del público*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 78-81.

²¹¹ Rissó Ferrand, Martín J., “Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2002, p. 293.

so que las personas públicas tengan más reducido su ámbito de intimidad y que puedan llegar a ser sujetos de críticas de grueso calibre.

El Tribunal Constitucional español ha señalado que el derecho a la libertad de expresión se reduce cuando cierta información

no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión en sus derechos de la personalidad, por lo que en correspondencia, se debilitaría la eficacia de tal protección en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público (Sentencia 105/1990).

La falta de veracidad, entendida en el sentido que se acaba de apuntar en relación con la diligencia mostrada por el periodista o comunicador, y no simplemente como apego a “la verdad” que es como parece entenderlo la jurisprudencia mexicana, puede dar lugar a una acción de resarcimiento por daño moral. El tema del daño moral debe analizarse dentro del derecho civil, por estar previsto justamente en el Código Civil. Para nuestra exposición basta señalar que la veracidad de la información constituye un requisito del ejercicio de las libertades de expresión e impresa (que no avalan, según se ha dicho, un “derecho a la mentira”) y señalar que el abuso de esas libertades puede tener, como una de sus consecuencias posibles, el daño moral.

Sobre el tema del daño moral también es importante considerar los siguientes criterios jurisprudenciales:

DAÑO MORAL. LIBERTAD DE IMPRENTA O PRENSA. LIMITANTES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 7o. CONSTITUCIONAL. Del texto del artículo 7o. constitucional se advierte que es inviolable el derecho de toda persona física o moral, de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Sin embargo, el propio precepto establece límites al ejercicio de esa libertad, los cuales consisten en el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. De lo que deriva que la publicación de ideas u opiniones no es ilimitada e implica que si bien la libre comunicación de pensamientos y opiniones es una garantía constitucional, quien realice ese tipo de actividades debe responder de su abuso, cuando contravenga el respeto a la vida, a la moral y a la paz pública. En atención a ello es que el artículo 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, señala que no estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión crítica, expresión e información, pero con las limitaciones a que se refiere el precepto constitucional citado. Por lo que si en ejercicio de la libertad de imprenta o prensa, se publican expresiones que atenten contra la integridad moral de una persona, el responsable de esa publicación se encuentra obligado a la reparación del daño moral causado, independientemente del vínculo que tenga con quien lo haya redactado, pues con el fin de no incurrir en un hecho ilícito, está obligado a

verificar que sus publicaciones carezcan de manifestaciones o expresiones maliciosas, que no expongan a persona alguna al odio, desprecio o ridículo, ni pueda causarle demérito en su reputación o en sus intereses, lo que de acuerdo al precepto 1o. de la Ley de Imprenta en vigor, constituye un ataque a la vida privada. Si bien los artículos 16 y 17 de esa Ley establecen a quién debe considerarse responsable en la comisión de delitos por medio de la imprenta, litografía, grabado o cualquiera otro medio de publicidad, no resultan aplicables para determinar la responsabilidad por daño moral, pues ésta no es de carácter penal sino civil y se encuentra regulada por el Código Civil en el libro cuarto, denominado “De las obligaciones”, primera parte “De las obligaciones en general”, título primero “Fuentes de las obligaciones”, capítulo V “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”. Novena época, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, mayo de 2001, tesis I.10o.C.14 C, p. 1120.

DAÑO MORAL. ES LA ALTERACIÓN PROFUNDA QUE SUFRE UNA PERSONA EN SUS SENTIMIENTOS, AFECTOS, CREENCIAS, DECORO, HONOR, REPUTACIÓN, VIDA PRIVADA, CONFIGURACIÓN Y ASPECTOS FÍSICOS, O BIEN, EN LA CONSIDERACIÓN QUE DE SÍ MISMA TIENEN LOS DEMÁS, PRODUCIDA POR HECHO ILÍCITO. El derecho romano, durante sus últimas etapas, admitió la necesidad de resarcir los daños morales, inspirado en un principio de buena fe, y en la actitud que debe observar todo hombre de respeto a la integridad moral de los demás; consagró este derecho el principio de que junto a los bienes materiales de la vida, objeto de protección jurídica, existen otros inherentes al individuo mismo, que deben también ser tutelados y protegidos, aun cuando no sean bienes materiales. En México, la finalidad del legislador, al reformar los artículos 1916 y adicionar el 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, y posteriormente modificar los párrafos primero y segundo del artículo 1916, consistió en hacer responsable civilmente a todo aquel que, incluso a quien ejerce su derecho de expresión a través de un medio de información masivo, afecte a sus semejantes, atacando la moral, la paz pública, el derecho de terceros, o bien, provoque algún delito o perturbe el orden público, que son precisamente los límites que claramente previenen los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República. Así, de acuerdo al texto positivo, por daño moral debe entenderse la alteración profunda que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito. Por tanto, para que se produzca el daño moral se requiere: a) que exista afectación en la persona, de cualesquiera de los bienes que tutela el artículo 1916 del Código Civil; b) que esa afectación sea consecuencia de un hecho ilícito; y, c) que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos. Novena época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Cir-

cuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, septiembre de 2001, tesis I.3o.C.243 C, p. 1305.

DAÑO MORAL, NO SE ESTÁ OBLIGADO A LA REPARACIÓN DEL, CUANDO SE EJERCEN LOS DERECHOS DE OPINIÓN, CRÍTICA Y EXPRESIÓN DE LAS IDEAS A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 6o. CONSTITUCIONAL. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1916 bis, del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que no se está obligado a la reparación del daño moral, cuando se ejercen los derechos de opinión, crítica y expresión de las ideas, en los términos del artículo 6o. constitucional. Novena época, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, diciembre de 1996, tesis I.6o.C.88 C, p. 385.

VIII. DERECHO DE RECTIFICACIÓN

Para comprender cabalmente el ejercicio de la libertad de imprenta, hay que hacer una mención, aunque sea de forma breve, al derecho de rectificación, que pone de manifiesto que dicha libertad no tiene por actores únicos a los poderes públicos y a los medios de comunicación, sino que afecta y compete igualmente a todas las personas.

El derecho de rectificación, también llamado derecho de réplica, de respuesta o de declaración, no está contemplado en el texto de la Constitución mexicana. Pero forma parte importante del ordenamiento jurídico nacional al estar previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 14 establece que

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirigen al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido...

A nivel legislativo y siendo aplicable solamente a los medios de comunicación impresa, la Ley de Imprenta dispone en su artículo 27 que:

Los periódicos tendrán la obligación de publicar gratuitamente las rectificaciones o respuestas que las autoridades, empleados o particulares quieran dar a las alusiones que se hagan en artículos, editoriales, párrafos, reportazgo o entrevistas, siempre que la respuesta se dé dentro de los ocho días siguientes a la publicación, que no sea mayor su extensión del triple del párrafo o artículo en que se contenga la alusión que se

contesta, tratándose de autoridades, o del doble, tratándose de particulares; que no se usen injurias o expresiones contrarias al decoro del periodista que no haya ataques a tercera personas y que no se cometan alguna infracción de la presente Ley.

Si la rectificación tuviera mayor extensión que la señalada, el periódico tendrá obligación de publicarla íntegra; pero cobrara el exceso al precio que fije en su tarifa de anuncios, cuyo pago se efectuará o asegurará previamente.

La publicación de la respuesta, se hará en el mismo lugar y con la misma clase de letra y demás particularidades con que se hizo la publicación del artículo, párrafo o entrevista a que la rectificación o respuesta se refiere.

La rectificación o respuesta se publicará al día siguiente de aquel en que se reciba, si se tratare de publicación diaria o en el número inmediato, si se tratare de otras publicaciones periódicas.

Si la respuesta o rectificación se recibiere cuando por estar ya arreglado el tiro no pudiere publicarse en los términos indicados, se hará en el número siguiente.

La infracción de esta disposición se castigará con una pena, que no baje de un mes ni exceda de once, sin perjuicio de exigir al culpable la publicación correspondiente, aplicando en caso de desobediencia, la pena del artículo 904 del Código Penal del Distrito Federal.

Algunas legislaciones locales también establecen el derecho de réplica para áreas específicas del acontecer social, por ejemplo en la materia electoral.²¹²

El derecho de réplica puede definirse como el derecho que tiene toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación a través de una información inexacta o falsa, a que sea difundida gratuitamente una declaración o rectificación por su parte, en términos equitativos y de forma análoga a la de la información que se rectifica.²¹³ Badeni entiende el derecho de réplica como

la facultad reconocida a toda persona que se considere agraviada o afectada por una información inexacta o agraviante emitida a través de un medio técnico de comunicación social para difundir, por igual medio, las aclaraciones, réplicas o respuestas que estime satisfactorias, para precisar las modalidades correspondientes a los hechos susceptibles de lesionar su reputación personal o legítimos sentimientos. Tal

²¹² Es el caso del artículo 162 del Código Electoral del Distrito Federal; sobre la forma de aplicar lo dispuesto por ese artículo, ver el “Acuerdo del Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal, por el que se establece el procedimiento para garantizar y hacer efectivo el ejercicio del derecho de aclaración y réplica”, adoptado en la sesión del órgano electoral mencionado del 28 de abril de 2003.

²¹³ Otro concepto puede verse en Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Fundación K. Adenauer, 2001, p. 162. En general sobre el tema, Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa, cit.*, pp. 291 y ss.

potestad trae aparejada la obligación, para el propietario, director o editor del medio de difusión, de publicar, en forma gratuita, aquellas manifestaciones aunque la causa de la réplica resida en expresiones provenientes de personas ajenas al medio que las difundió.²¹⁴

El origen del derecho de réplica, según Gregorio Badeni, no fue muy democrático, pues lo que se buscaba era controlar a la prensa y evitar las críticas contra los gobernantes al obligar a los periódicos a publicar las réplicas de los afectados; según el autor mencionado, el reconocimiento legislativo del derecho en cuestión “no respondió al propósito de proteger el buen nombre y honor de las personas sino, en realidad, de ofrecer a las figuras públicas un medio para contrarrestar las críticas periodísticas o los efectos de la publicidad de informaciones desfavorables para su imagen popular”.²¹⁵

Los objetivos del derecho de réplica son:²¹⁶ *a)* otorgar a la persona afectada por una información inexacta o agravante un remedio adicional y ágil para asumir la defensa de sus derechos; *b)* permitir el acceso a los medios de comunicación a personas que quieren publicar sus ideas sin censura previa; *c)* resaltar la función social de los medios como instrumentos de transmisión de informaciones veraces; y *d)* ofrecer a la opinión pública las diversas interpretaciones que se pueden extraer de un hecho público, por medio de la participación directa de sus protagonistas.

Es importante señalar que el derecho de réplica no es un instrumento para propiciar un debate entre personas o para ilustrar las diferencias de criterio entre ellas. Cuando lo que se expresa son opiniones y no noticias, las responsabilidades por las mismas deben procesarse por las vías legales establecidas (responsabilidades penales o civiles, en el caso de particulares, y además responsabilidades administrativas, si se trata de un funcionario público). Como lo expone Humberto Nogueira,

el derecho de declaración o rectificación no se ejerce respecto de opiniones, las cuales constituyen la exteriorización del pensamiento que se expresa a través de juicios de valor o ideas, las cuales no son susceptibles de probarse científicamente. Respecto de ellos no puede exigirse imparcialidad o veracidad ya que por su naturaleza son de carácter subjetivo, respondiendo al enfoque o perspectiva de la persona con todas sus vivencias y condicionamientos sociales y culturales, ya que de lo contrario, actuaría como un mecanismo perverso que inhibiría el debate de ideas, haciendo a los medios muy cautelosos en el tipo de mensajes que difunden para evitar el costo

²¹⁴ Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., p. 298.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 291.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 298 y 299.

económico y político de tener que publicar la respuesta o aclaración de quienes se consideran controvertidos en sus convicciones por dichas opiniones... En todo caso, las informaciones susceptibles de respuesta deben ser datos o afirmaciones que pueden ser examinados en cuanto a su corrección, exactitud o integridad y cuya declaración sustancial no es la mera manifestación de una opinión personal.²¹⁷

La rectificación o réplica debe circunscribirse a la información que la motiva, debiendo por tanto ser proporcional a ella en cuanto a su extensión y características.

La transmisión de informaciones oficiales como lo pueden ser sentencias judiciales, informes de gobierno, auditorías de gasto público, etcétera, no pueden dar lugar, como regla general, a rectificaciones o réplicas, a menos que dicha transmisión no haya sido fiel respecto al contenido de la información o se haya desnaturalizado su sentido.

La publicación o transmisión de la rectificación o respuesta también debe ser proporcional, lo cual requiere que se haga en la misma página en donde apareció la información que se rectifica (en el caso de medios impresos) o dentro de la misma franja horaria y con características similares a las de la transmisión original (si se trata de medios electrónicos).

Para sintetizar, podríamos caracterizar el derecho de réplica en los siguientes términos:²¹⁸

1. El titular del derecho es toda persona directamente afectada por informaciones inexactas o agraviadoras que le perjudiquen;
2. La expresión de las informaciones debe ocasionar un perjuicio al titular del derecho, ya sea de índole material o moral, que tenga la importancia suficiente y que pueda percibirse objetivamente;
3. Las expresiones inexactas o agraviadoras deben configurar, esencialmente, una información y no una opinión, ya que las opiniones dan lugar a responsabilidades ulteriores (de carácter civil o penal, según sea el caso), pero no al derecho de réplica;
4. La información debe ser inexacta o, de ser cierta, agraviante para el titular del derecho; si la información es falsa no hace falta que sea agraviante, pero si es cierta sí que debe serlo para dar lugar a la réplica;

²¹⁷ Nogueira Alcalá, “El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *cit.*, pp. 174 y 175.

²¹⁸ Sigo en parte la exposición de Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, *cit.*, pp. 299-301.

5. La información debe ser emitida a través de un medio de comunicación y dirigida al público en general; si se emite de forma reservada o en forma pública pero no a través de un medio de comunicación, no se puede configurar el derecho de réplica, que sí existirá, sin embargo, si la información es retomada con posterioridad por algún medio de comunicación;
6. El objeto del derecho es materializar, de forma lo más inmediata posible, la difusión de la réplica o rectificación por el mismo medio de comunicación que emitió la información; se tratará de una réplica si la información es cierta pero agravante y de una rectificación si la información es inexacta;
7. El derecho debe ejercerse a través del mismo medio de comunicación que difundió la información;
8. La difusión de la réplica o rectificación se debe realizar de manera gratuita.²¹⁹

El derecho de réplica ha sido objeto de una interesante opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que vale la pena remitirse para comprender los alcances del ya mencionado artículo 14 del Pacto de San José, así como los significados y consecuencias del derecho en cuestión.²²⁰

En esa opinión, la Corte estimó que “Si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención susceptible de ser denunciada ante los organismos de protección por ella previstos” (párrafo 28). Esto significa que si el Estado ha suscrito el Pacto, la garantía del derecho de rectificación debe darse con independencia de si existe o no legislación interna al respecto. Lo que hace la Corte, por tanto, es recalcar de forma muy conveniente el hecho de que el Pacto no requiere para su aplicación de intermediación legislativa y que sus disposiciones deben ser plenamente exigibles tan pronto como entren en vigor para el Estado en cuestión.

²¹⁹ En sentido contrario, Badeni (*Tratado de libertad de prensa, cit.*, p. 301) considera que no puede exigirse al medio de comunicación la transmisión gratuita, ya que no está contemplado en el artículo 14 de la Convención Americana; me parece que este criterio es totalmente equivocado, porque si lo aceptamos, el derecho de réplica dejaría de ser, por una parte, de todas las personas para ser un derecho de quien pueda pagarla; por otra, bastaría con que el medio de comunicación pusiera una cuota exorbitante para la transmisión de la réplica para que el ejercicio del derecho fuera imposible.

²²⁰ Se trata de la Opinión Consultiva 7/86 de la Corte, consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. II, *cit.*, pp. 825-868.

En México, aparte de la disposición del artículo 27 de la Ley de Imprenta que ya se ha transcrita y que por su irrelevancia no merece mayor comentario, se ha intentado incorporar un supuesto derecho de réplica en el artículo 38 del Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, cuyo texto establece:

Toda persona, física o moral, podrá ejercitar el derecho de réplica cuando un material que sea difundido en cualquier programa de una estación de radio o televisión no cite la fuente de la cual extrajo la información y considere que los hechos que la aluden son falsos e injuriosos.

Para hacer valer este derecho, el interesado presentará, por escrito y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la transmisión, la solicitud de aclaración pertinente ante la estación de radio o televisión correspondiente, la cual evaluará su procedencia, a efecto de hacer la aclaración.

En caso que la estación de radiodifusión estime que la aclaración solicitada es improcedente, el interesado tendrá a salvo sus derechos para recurrir a las vías jurisdiccionales correspondientes.

De obtener el interesado resolución firme y favorable de la autoridad jurisdiccional, el concesionario o permisionario de radio o televisión transmitirá la aclaración correspondiente en los términos de la resolución.

El derecho de réplica podrá ser ejercido por el perjudicado aludido y, a falta de éste, por sus parientes en línea ascendente o descendente en primer grado.

En caso de que la estación de radiodifusión cite la fuente de la cual extrajo la información, y ésta haga la aclaración correspondiente, el aludido podrá ejercitar ante el concesionario o permisionario de radio o televisión el derecho consagrado en este artículo.

La doctrina ha criticado el contenido de este precepto considerando los siguientes aspectos:²²¹ *a)* el derecho de réplica no está contemplado en la ley de la materia, por lo que su inclusión en el Reglamento es jurídicamente cuestionable; *b)* el artículo transcrita limita el derecho de réplica al caso en que no se cita la fuente; *c)* deja a la emisora completa libertad para atender o no la rectificación enviada por la persona aludida, y *d)* la mención del derecho que tienen los particulares de acudir a las vías jurisdiccionales correspondientes es obvia y, en este sentido, el Reglamento no agrega nada nuevo a lo que ya existe por virtud de diversos mandatos constitucionales, como el artículo 17.

A estas observaciones puede agregarse el hecho de que, en otros países, el plazo para enviar la rectificación es más amplio que el de 48 horas que establece el Reglamento referido. Así, la ley peruana de rectificación establece un pla-

²²¹ López-Ayllón, Sergio, “Derecho a la información (actualización)”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003, pp. 302-304.

zo de 15 días naturales;²²² en Chile el plazo es veinte días;²²³ en España es de siete días naturales, según el artículo 2o. de la Ley Orgánica 2/1984, reguladora del derecho de rectificación.

En el derecho comparado existen algunos casos que demuestran que el derecho de réplica puede también conformarse como una prerrogativa de los partidos políticos de oposición para responder a las declaraciones del gobierno, con lo cual se nutre el debate público y se genera un marco más sólido de acceso de los ciudadanos a los puntos de vista que expresan los actores políticos; todo ello contribuye a mejorar las condiciones en que se ejerce el pluralismo político. Esta es la idea que subyace al ya citado artículo 40.2 de la Constitución portuguesa, de acuerdo con el cual

Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del gobierno tendrán derecho, según los términos de la ley, a unos tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, que se prorrtearán según la representatividad de cada uno, así como el derecho de respuesta y de réplica política a las declaraciones políticas del gobierno, de duración y de relieve iguales a los tiempos de antena y de las declaraciones del gobierno.

Sobre el derecho de réplica el Tribunal Constitucional español sostiene que

[tiene] un carácter puramente instrumental en cuanto que su finalidad se agota en la rectificación de informaciones publicadas por los medios de comunicación y que aquel que solicita la rectificación considere lesivas de derechos propios. Por su naturaleza y finalidad, el derecho de rectificación, que normalmente sólo puede ejercerse con referencia a datos de hecho (incluso juicios de valor atribuidos a terceras personas), pero no frente a opiniones cuya responsabilidad asume quien las difunde, debe ser regulado y ejercitado en términos que ni frustren su finalidad ni lesionen tampoco el derecho que también la Constitución garantiza a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [Sentencia 35/1983].

En un criterio interesante, el mismo Tribunal ha declarado que si el medio de comunicación inserta espontáneamente una rectificación, dicha inserción, aunque no lo exime de las responsabilidades que pueda tener por violación de los derechos al honor y la intimidad, sí modula tales responsabilidades, “pues constituye un mecanismo idóneo para corregir y aclarar los errores que invo-

²²² Se trata de la Ley núm. 26847 de 28 de julio de 1997.

²²³ Nogueira Alcalá, “El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *cit.* , p. 178.

luntariamente, y a veces de manera inevitable, se deslizan en una información rectamente obtenida y difundida” (Sentencia 240/1992).

Una postura bastante distinta sobre el derecho que estamos analizando es la que ha sostenido la Suprema Corte de los Estados Unidos; en la sentencia del caso *Miami Herald Pub. Co. Vs Tornillo* de 1974, la Corte declaró inconstitucional una ley del estado de Florida que establecía el derecho de réplica por informaciones divulgadas en los periódicos. En su sentencia la Corte, después de hacer un riguroso repaso de los precedentes dictados en temas cercanos al derecho de rectificación como la libertad de expresión, sostiene que²²⁴

Aun cuando el periódico no tuviese que afrontar más costos para cumplir con la ley de acceso obligatorio y no se viese obligado a prescindir de la publicación de noticias u opiniones como resultado de la inclusión en sus páginas de una respuesta, la ley no logra franquear las barreras de la Primera Enmienda por cuanto se inmiscuye en la función de los directores. Un periódico es más que un mero recipiente o conducto pasivo de las noticias, los comentarios y la publicidad. La selección de los materiales que encuentran cabida en un periódico, y las decisiones que se toman con respecto de las limitaciones de su tamaño y contenido, y del tratamiento de cuestiones públicas y de funcionarios públicos —ya sea éste justo o injusto— constituyen el ejercicio del control y el criterio editoriales. Está aún por demostrarse de qué manera la regulación gubernamental de este proceso esencial podría realizarse en consonancia con las garantías que la Primera Enmienda da a la libertad de prensa y con la evolución de esas garantías hasta nuestros días.

En su voto concurrente, los jueces Brennan y Rehnquist señalaron que el criterio sostenido sobre el derecho de réplica no se podía extender a otras leyes que establecieran el deber de los periódicos de publicar una retractación siempre que una persona afectada hubiera demostrado en juicio que esa información era difamatoria.

También en una opinión concurrente, el juez White va un poco más allá de la postura de la sentencia y sostiene una posición muy liberal sobre la libertad de prensa, seguramente teniendo el cuenta el carácter incondicionado (“absoluto”, como lo ha calificado un autor clásico) que la Primera Enmienda le da a la libertad de expresión; para White,

Los periódicos o revistas no son empresas de servicios públicos sometidas a regulación gubernamental “razonable” en cuestiones que afectan el ejercicio del criterio periodístico con respecto a lo que debe publicarse... Hemos aprendido —y segui-

²²⁴ Tomo la traducción de Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., pp. 314 y 315.

mos aprendiendo— de lo que consideramos la desgraciada experiencia de otros países en que se ha permitido que el gobierno se entrometa en los asuntos editoriales internos de los periódicos. Por buenos y beneficiosos que parezcan los propósitos de controlar la prensa, preferimos “el poder de la razón aplicado mediante la discusión pública” y seguimos contemplando con profundo escepticismo todas las medidas que hacen posible que el gobierno se introduzca en las salas editoriales de los periódicos de este país.

Lo curioso del criterio sostenido en el caso *Tornillo* es que años antes la misma Corte había sostenido un criterio contrario para el caso de los medios electrónicos; en efecto, en 1969, al resolver el caso *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*, la Corte había sostenido que tanto el Congreso como la Comisión Federal de Telecomunicaciones pueden establecer el derecho de réplica y no violar con ello la Primera Enmienda; el argumento de la Corte es el siguiente:

En razón de la escasez de frecuencias de radiodifusión, el papel del gobierno en adjudicarlas y las legítimas reclamaciones de quienes sin ayuda del gobierno no pueden acceder a esas frecuencias para expresar sus opiniones, sostenemos que las reglamentaciones y normas aquí discutidas están autorizadas por la ley y son constitucionales.²²⁵

Con posterioridad, la Corte sostuvo la inconstitucionalidad del derecho de réplica que se quisiera imponer frente a la televisión por cable. Se trata del caso *Turner Boradcasting vs. FCC* de 1997; en ese caso, en realidad, la Corte tuvo que estudiar el tema, más amplio que el derecho de réplica, de si era o no constitucional que el gobierno regulara ciertos contenidos de las emisiones por cable (se trataba de la imposición de un porcentaje de contenidos que debía ser destinado a informaciones locales); la Corte sostuvo la inconstitucionalidad basándose en el argumento de que con ello se obligaba al medio de comunicación a efectuar transmisiones que no quería y eso iba contra la Constitución.

Algunos autores, quizá retomando de forma implícita los criterios de la Corte Suprema de los Estados Unidos a los que acabamos de hacer referencia, han criticado el derecho de rectificación diciendo que podría ir en contra de la libertad de imprenta. Al respecto, Badeni escribe que

Desde un punto de vista práctico, son cuantiosos y sumamente graves los perjuicios que acarrea el replicato compulsivo para la libertad de prensa. La simple lectura de cualquier periódico revela que su contenido es susceptible de generar decenas de

²²⁵ De nuevo, tomo la traducción de Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., pp. 320 y 321.

pedidos de réplica por la disparidad de opiniones²²⁶ y las numerosas modalidades que permite la publicación de un hecho.²²⁷

No comparto ese punto de vista, ya que utiliza como fundamento el conocido —pero falso— argumento de que la mayor parte de los medios de comunicación son propiedad privada y que, como tales, no pueden ser objeto de afectación; como ya lo hemos visto, en efecto los medios pueden ser de propiedad privada; pero, o bien utilizan un bien público para llegar a sus usuarios (es el caso de la televisión o de la radio, que utilizan el espacio radioeléctrico), o bien cumplen una función de interés público, en virtud de que contribuyen a la formación de la opinión pública libre, que es un elemento esencial de las democracias modernas, según ya lo expusimos al tratar el tema de la libertad de expresión. En esa virtud tienen una serie de deberes añadidos a los que pueden tener otras actividades económicas.

IX. DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

Como tales, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen no se encuentran reconocidos en la Constitución mexicana de 1917, pero conviene hacer una mención de ellos, así sea breve, en virtud de que tienen una presencia creciente en el constitucionalismo contemporáneo por un lado, y sobre todo porque sí están reconocidos en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos de los que México forma parte, de manera que están integrados (en los términos del artículo 133 constitucional), en el ordenamiento jurídico nacional.

Hay que comenzar afirmando algo obvio, pero que conviene tener presente desde el principio: las posibilidades interpretativas que ofrecen estos derechos son muy amplias, debido en parte a que su contenido semántico es poco preciso. Términos como los de “honor” o “intimidad” no son fáciles de determinar, pues en alguna medida dependen de las condiciones culturales de la sociedad en la que se quieran aplicar, o incluso de la cultura más o menos democrática que tengan los jueces encargados de aplicarlos en algunos casos concretos.

Honor, intimidad y propia imagen son bienes jurídicos que cobran una mayor importancia en la era actual en la que las modernas tecnologías los han

²²⁶ Olvida el autor que, como él mismo lo sostiene en su obra y como ya lo hemos visto en los párrafos precedentes, el derecho de réplica no es aplicable a las opiniones, sino solamente a las informaciones.

²²⁷ Badeni, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, cit., p. 301.

puesto en riesgo; los avances técnicos, la tendencia invasiva de los medios de comunicación y las posibilidades que ha abierto la informática hacen que deban ser protegidos desde el propio texto constitucional, y luego tutelados a nivel legislativo y jurisprudencial, como se hace en otros países.²²⁸

Por tratarse de derechos distintos, aunque estrechamente relacionados, conviene estudiarlos en subincisos separados.

1. *Derecho a la intimidad*

A. *La intimidad en las sociedades modernas*

Uno de los signos de las democracias contemporáneas es la separación entre actividades públicas y actividades privadas de los individuos. Si esa separación no existiera se correría el riesgo de caer en alguno de los dos extremos siguientes: o bien se pulverizarían varios de los derechos fundamentales más importantes dentro de la lógica del Estado constitucional (como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, la libertad de creencias, la libertad ideológica, la libertad de procreación, etcétera), o bien —en el otro extremo— se diluirían varios de los sistemas de control que actualmente existen para verificar la actuación de las autoridades (las reglas de comportamiento que rigen en el ámbito público son distintas que las que existen en el ámbito privado, y para los funcionarios públicos se crea todo un sistema de mecanismos de verificación que solamente se pueden mantener para el caso en que la distinción entre público y privado sea clara).²²⁹

En este contexto, encuentra justificación que los textos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos recojan el derecho a la intimidad, como manifestación concreta de la separación entre el ámbito privado y el público.

En su sentido original, el derecho a la intimidad se asocia con la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida. En sus inicios, el derecho a la intimidad es un derecho a la soledad, a ser dejado en paz, sin ser molestado por los demás.

²²⁸ De entre la vasta literatura que existe sobre el tema, ver Muñoz de Alba, Marcia, “Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública”, *Estudios en homenaje a Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000, pp. 571-609 y Azurmendi, Ana, *El derecho a la propia imagen*, 2a. ed., México, Fundación Buendía, UIA, 1998.

²²⁹ En general, sobre el concepto de “lo público” y sus repercusiones sobre el derecho constitucional, ver Cabo de la Vega, Antonio de, *Lo público como supuesto constitucional*, México, IIJ-UNAM, 1997.

En el que se considera por la doctrina como el trabajo pionero en materia de derecho a la intimidad, los abogados norteamericanos Samuel Warren y Louis Brandeis plantearon este derecho en los términos que se acaban de mencionar.²³⁰ Les preocupaban las excesivas incursiones de la prensa en actividades privadas de las personas y la confusión que según ellos existía entre noticias de interés general (que estarían protegidas por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos) y el mero chismorreo, que no solamente no estaría protegido sino que en caso de que afectara a la intimidad, la honra o el buen nombre de una persona, podía incluso generar un derecho a ser indemnizado por parte de la persona que lo sufre.

En su artículo afirmaban, anticipándose en varias décadas a lo que sucede en la actualidad, que

El chismorreo ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada, para convertirse en una mercancía, buscada con ahínco e, incluso, con descaro... La intensidad y complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales.²³¹

Con el advenimiento de las sociedades modernas, las preocupaciones de Warren y Brandeis no han dejado de tener sentido, pero la protección constitucional se ha ampliado hacia otros horizontes, debido en parte a las exigencias que se han derivado de los desarrollos tecnológicos, que permiten a particulares y autoridades tener acceso a una gran cantidad de información sobre nuestras vidas.

Pensemos simplemente en la cantidad de documentos de identificación que se nos requiere que tengamos para nuestra vida cotidiana, cada uno de los cuales suele contener datos personales (dirección, fecha de nacimiento, teléfono, adscripción profesional, etcétera), o también en los muchos datos que obran en poder de los distintos órganos públicos en los diferentes niveles de gobierno (datos fiscales, gastos realizados en el domicilio como los que derivan del uso de la luz, agua, teléfono, gas, etcétera), o —lo que aún puede ser más peligro-

²³⁰ *El derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas, 1995. Originalmente, el ensayo fue publicado en la prestigiosa revista *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, de 15 de diciembre de 1890, con el título “The Right to Privacy”.

²³¹ *El derecho a la intimidad*, cit., pp. 26 y 27.

so— la abundante información que de cada persona se encuentra registrada en bases de datos de empresas o de otros particulares (por ejemplo, todos los consumos que hacemos con tarjeta de crédito, todos los lugares de Internet que visitamos desde la computadora de nuestra casa, nuestro historial médico si nos hacemos atender por un doctor particular, el registro de nuestras propiedades si solicitamos un crédito, nuestras cuentas bancarias y los arreglos de nuestros pleitos extrajudiciales, por mencionar solamente algunas posibilidades).

Y lo anterior tiene que ver con cuestiones de la vida diaria a las que accedemos voluntariamente (nadie nos obliga a tener una tarjeta de crédito, a utilizar Internet o a consultar un determinado médico y no a otro); pero a ello debe sumarse el peligro que suponen los métodos de invasión de la intimidad que se pueden desarrollar incluso contra nuestra voluntad; las intervenciones telefónicas, la captación de imágenes con cámaras de gran potencia, la colocación de micrófonos y otras prácticas que, al menos en el caso de México, no pertenecen ni mucho menos al ámbito de la ciencia ficción, sino que con frecuencia son empleadas para vulnerar la esfera de intimidad de las personas.

En parte, mucho de lo anterior tiene que ver con el importante valor económico que tiene la información que puede obtenerse de nuestros datos personales. ¿Cuánto vale para una aseguradora el tener acceso a los expedientes médicos de quienes van a contratar una póliza de seguro?, ¿cuánto vale para una empresa de mercadotecnia obtener el perfil de gasto de todos los usuarios de un determinado sistema de tarjetas de crédito (*Visa, Mastercard, American Express, etcétera*)? Ese valor es el que ha despertado la voracidad de algunas instituciones para tener acceso a nuestra intimidad y ese el riesgo al que debe hacer frente el derecho constitucional de nuestro tiempo.²³²

Mucha de la información que se acaba de mencionar pasa a manos del Estado o de los órganos públicos cuando la Iglesia deja de ejercer actos de registro público; Pérez Luño describe este proceso histórico con las siguientes palabras:²³³

hasta la Revolución francesa la información que los Estados poseían de sus ciudadanos era prácticamente nula. Era la Iglesia quien, por el contrario, llevaba el registro de sus fieles, a partir de la inscripción de su bautismo, matrimonio, defunción... A medida que la complejidad funcional del Estado se desarrolla, aumenta la necesidad de documentación por parte del Estado, necesidad que ha podido realizarse hasta extremos que hace poco eran inimaginables gracias a los computadores. Se ha

²³² Sobre el valor mercantil de los datos personales, ver Sánchez, Ana y otros, *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 39 y ss.

²³³ Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 7a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 339.

aludido, en el plano de lo anecdótico, que la informática estatal capaz de llegar hasta los secretos más profundos de los ciudadanos ha reemplazado, en las sociedades secularizadas de nuestro tiempo, a aquel temor propio de las sociedades religiosas primitivas a un “Ojo de Dios” que penetra en lo más recóndito del espíritu humano.

Una mención aparte merece la protección de datos relacionados con el código genético de las personas, sobre todo a partir del descubrimiento de la secuencia completa del genoma humano. Aunque es imposible entrar en este momento al estudio de una cuestión tan compleja, vale la pena simplemente dejar apuntado que se trata de una cuestión que tiene profundas implicaciones para los derechos fundamentales, particularmente para el derecho a la intimidad, y que supone riesgos potenciales muy importantes para la dignidad humana, fundamento esencial de todos los derechos.²³⁴

B. *La intimidad como bien jurídico*

El ámbito de protección que se genera a partir del derecho a la intimidad no es fácil de determinar; puede ser muy variable de país en país, y desde luego no es algo estático en el tiempo, sino que puede ir evolucionando de forma importante. Además, ese ámbito protegido puede ser más o menos amplio según se trate de personas públicas o privadas, e incluso si, dentro de las primeras, se trata de personajes con relevancia pública o de personas que ostentan cargos públicos. En este último supuesto el ámbito personal de privacidad es especialmente reducido.²³⁵ Algunos autores proponen distinguir entre la intimidad, la privacidad y la publicidad;²³⁶ para el estudio de los derechos fundamentales lo interesante sería determinar el contenido tanto de la intimidad como de la privacidad a fin de proceder a su vez a la determinación del bien jurídico objeto de tutela por el ordenamiento jurídico.

Conforme se ha ido desarrollando, el derecho a la intimidad ha transitado de la protección de una esfera de soledad a la determinación de un ámbito protegi-

²³⁴ Para una primera introducción al tema de la intimidad de los datos genéticos, Sánchez, Ana y otros, *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, cit., pp. 85 y ss.

²³⁵ Cruz Villalón, Pedro y Pardo Falcón, Javier, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, enero-abril de 2000, pp. 105 y 106.

²³⁶ Por ejemplo, Garzón Valdés, Ernesto, “Lo íntimo, lo privado y lo público”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 137, noviembre de 2003, pp. 14 y ss.

do en las relaciones sociales.²³⁷ Por ejemplo, el derecho a la intimidad comprende la posibilidad de que una persona conozca, acceda y tenga control sobre las informaciones que le conciernen, tanto a ella como a sus familiares,²³⁸ dando lugar a lo que algunos autores han llamado el “derecho a la autodeterminación informativa”,²³⁹ que a su vez guarda estrecha relación con la protección de datos personales.

El derecho a la autodeterminación informativa supone que la persona tenga la posibilidad de elegir qué información de su esfera privada puede ser conocida o qué otra debe permanecer en secreto, así como la facultad del propio sujeto para determinar quién y bajo qué condiciones puede utilizar esa información.²⁴⁰ Desde luego, la autodeterminación informativa no puede servir como excusa para evitar que se den a conocer conductas delictivas o para que se encubra la falta de idoneidad de una persona para ocupar un cargo público. En estos casos, el derecho a la intimidad cede frente al derecho a la información que tenemos todos para que se persigan los delitos o para conocer las aptitudes de quienes son funcionarios públicos.²⁴¹

Como ya se apuntaba, en nuestro tiempo la intimidad se ha visto crecientemente puesta en peligro por: *a) el desarrollo de sistemas tecnológicos que permiten a otras personas tener gran capacidad de intrusión en nuestra vida privada; y b) por la facilidad generada por los avances tecnológicos para tener acceso a una gran cantidad de datos personales.*

Ahora bien, ¿qué protege en concreto el derecho a la intimidad? La doctrina parece coincidir en el hecho de que la jurisprudencia y la experiencia teórica de

²³⁷ Pérez Luño, Antonio E., “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, en Sauca, José María (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1994, p. 314.

²³⁸ *Ibidem*, p. 315.

²³⁹ Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990; *id.*, “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 104, abril-junio de 1999, pp. 35-60.

²⁴⁰ Pérez Luño, Antonio E., “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, *cit.*, p. 317.

²⁴¹ Aunque el tema en México ha sido poco explorado, hay algún caso práctico que puso en evidencia los límites del derecho a la intimidad; la exposición del mismo y los argumentos al respecto pueden verse en Carpizo, Jorge, “Vida privada y función pública”, *Este País*. México, núm. 148, julio de 2003, pp. 37 y ss. Carpizo concluye su trabajo haciendo la siguiente reflexión: “el funcionario público tiene derecho a su vida privada e intimidad, a menos que éstas incidan en la función pública, porque entonces la sociedad tiene derecho a conocerlos por razones de interés público y porque pueden estar en peligro los derechos y las libertades de las personas. Desde luego que la regla anterior es aplicable cuando esos actos no son constitutivos de probables delitos, porque si lo son, entonces el servidor público no puede, como no puede ningún individuo, alegar que no se conozcan sus actos, porque lesionan su vida privada, su intimidad u honra” (p. 40).

los Estados Unidos han sido las que mayor grado de influencia han tenido en el tratamiento de este derecho. Conforme al derecho estadounidense, puede hablarse de violaciones a la intimidad al menos en los seis siguientes casos:²⁴²

1. Cuando se genere una intrusión en la esfera o en los asuntos privados ajenos;
2. Cuando se divulguen hechos embarazosos de carácter privado;
3. Cuando se divulguen hechos que suscitan una falsa imagen para el interesado a los ojos de la opinión pública;
5. Cuando se genere una apropiación indebida para provecho propio del nombre o de la imagen ajenos, y
6. Cuando se revelen comunicaciones confidenciales, como las que se pueden llevar a cabo entre esposos, entre un defendido y su abogado, entre un médico y su paciente o entre un creyente y un sacerdote.

En su ensayo de 1890, Warren y Brandeis ya precisaban algunas de las reglas que se debían tener en cuenta al momento de valorar si alguna conducta había transgredido o no el derecho a la intimidad; así por ejemplo, establecían las siguientes consideraciones:

- a) El derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general;²⁴³
- b) El derecho a la intimidad no impide dar a conocer información cuando se transmita a algún órgano público, por ejemplo en el marco de un procedimiento judicial o ante una cámara legislativa;²⁴⁴
- c) No se violaría el derecho a la intimidad cuando la revelación de información privada se haga en forma oral y sin causar daños especiales;²⁴⁵
- d) No se vería afectado el derecho a la intimidad cuando el individuo mismo hace públicos los hechos que le afectan o consiente en que se hagan públicos;²⁴⁶

²⁴² Sigo la exposición de Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., pp. 328 y 329; sobre el mismo tema es de interés la exposición de Fayos Gardó, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 42 y ss.

²⁴³ *El derecho a la intimidad*, cit., p. 62.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 66.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 67.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 68.

e) La intimidad se puede afectar aunque los hechos privados sobre los que se informe sean verdaderos; es decir, la verdad o falsedad de los hechos no dice nada sobre la violación de la intimidad;²⁴⁷ y

f) La falta de “malicia” en quien hace pública una información no constituye una defensa ni una justificación.²⁴⁸

Hechas las anteriores consideraciones, resulta obvio que el derecho a la intimidad puede generar tensiones en el goce efectivo de otros derechos, como el derecho a la información, la libertad de expresión o la libertad de imprensa. En efecto, dicha tensión existe y ha sido la causa de una serie de métodos interpretativos que de manera paulatina (al menos en otros países) han ido precisando los alcances de cada derecho, fundamentalmente a través del sistema de la ponderación de bienes o ponderación de derechos.

Por otro lado, la tensión entre derechos aumenta o es más evidente en el caso de los funcionarios públicos o cuando se trata de personas públicas, que por su profesión o por determinaciones personales deciden poner en conocimiento del público parte de su vida privada (artistas, deportistas, personas reconocidas); no es que para ellos no exista el derecho a la intimidad (que por supuesto existe en tanto que se trata de un derecho fundamental y, por tanto, universal), pero su esfera de privacidad se encuentra reducida al tener algunas de sus actividades un cierto interés público.²⁴⁹

También puede ser objeto de alguna reducción el ámbito de intimidad de las personas que están sujetas a penas privativas de la libertad, aunque incluso en esa circunstancia el derecho sigue existiendo y su contenido esencial no puede ceder ante ningún imperativo, ni siquiera en el caso de que se argumenten cuestiones de seguridad o de mantenimiento del orden en los espacios de reclusión.²⁵⁰

Justamente por la indeterminación semántica que se deduce de los términos tan abstractos en que suele estar regulado, por los múltiples contenidos que puede tener y por las muchas formas de violación que existen, el derecho a la intimidad es uno de los derechos que mayor intervención creativa exige por

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 69.

²⁴⁸ *Idem*.

²⁴⁹ Al respecto, García Canales, Mariano, “El derecho al honor de quienes ejercen actividad con relevancia política”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I, pp. 487 y ss.

²⁵⁰ Sobre la intimidad en el ámbito de la prisión, ver la sentencia del Tribunal Constitucional español 218/2002.

parte de los jueces constitucionales.²⁵¹ Conviene por esa razón, y tomando en cuenta que el uso por los abogados y tribunales mexicanos del derecho a la intimidad es todavía muy limitado, ofrecer algunos ejemplos que den cuenta del tratamiento que de ese derecho se ha llevado a cabo en otros países.

C. La protección de la intimidad en el derecho comparado

La abundante jurisprudencia estadounidense se ha encargado de precisar algunos de los extremos comentados en el apartado anterior; su estudio pormenorizado sería imposible de realizar en este momento, pero conviene simplemente mencionar que a efectos de la protección de la intimidad, aparte de lo sostenido en el caso *Griswold* y en el caso *Roe*, que ya fueron comentados en el apartado relativo a la libertad de procreación, los tribunales de Estados Unidos han entendido que constituyen hechos privados los datos médicos y los relativos a la conducta sexual de las personas; en este último caso, sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido que la gente tiene derecho a conocer las actividades sexuales y los problemas médicos de servidores públicos, así como los problemas matrimoniales y las *actitudes sexuales* de los personajes famosos.²⁵²

La Suprema Corte de Estados Unidos ha considerado constitucional una ley que prohíbe publicar o dar a conocer por cualquier medio el nombre de la víctima del delito de violación, puesto que tal prohibición protege justamente el derecho a la intimidad;²⁵³ también ha considerado correcto desde el punto de vista del respeto a la Primera Enmienda que se prohíba dar a conocer la identidad y datos personales de un testigo de un crimen, puesto que en ese caso la seguridad del testigo sobrepasaba el privilegio de la libertad de prensa.²⁵⁴

El Tribunal Constitucional español se ha tenido que pronunciar en varias ocasiones sobre los alcances del derecho a la intimidad recogido en el artículo 18 de la Constitución de 1978; por la variedad de casos que ha tenido que resolver y por la multitud de supuestos que ha ido descifrando, conviene detenernos a estudiar la jurisprudencia española sobre el derecho en cuestión.²⁵⁵

²⁵¹ Un completo panorama de los pronunciamientos judiciales realizados en varios países sobre el tema puede verse en Fayos Gardó, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, cit.

²⁵² Una exposición bastante completa al respecto en Fayos Gardó, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, cit., pp. 66 y ss.

²⁵³ Se trata del caso *Cox Broadcasting Corp. vs. Cohn*, resuelto del 3 de marzo de 1975.

²⁵⁴ *Time Mirror Co. Vs. Superior Court* resuelto en 1989.

²⁵⁵ Una obra muy completa sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho a la intimidad es la de Mieres, Luis Javier, *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*.

Una primera cuestión que el Tribunal ha tenido que resolver es la que se refiere al bien jurídico tutelado por el derecho a la intimidad: ¿qué es la intimidad?, ¿qué ámbitos vitales protege ese derecho?; sobre estas cuestiones de principio, el Tribunal ha sostenido que

El derecho a la intimidad... tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad. El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida... no [se] garantiza una "intimidad" determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público... [se] garantiza un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los linderos de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio... [sentencias 231/1988, 134/1999 y 115/2000].

A partir de esos conceptos puede sostenerse que la intimidad está protegida frente a dos tipos de amenazas: la “acción” o intrusión en un espacio o zona propia, y el “conocimiento” o intromisión informativa sobre hechos, datos o aspectos relativos a la vida privada de una persona. Puede hablarse, en consecuencia, de una intimidad “territorial” y de una intimidad “informacional”, que también puede llamarse confidencialidad.²⁵⁶ Esta distinción es explicada por Ronald Dworkin en los siguientes términos:

A veces la privacidad es territorial: las personas tienen derecho a la privacidad en el sentido territorial cuando les es lícito hacer lo que quieran en un espacio determinado —dentro de su propia casa, por ejemplo—. A veces la privacidad alude a la confidencialidad: decimos que las personas pueden mantener sus convicciones políticas en privado, lo que significa que no tienen por qué revelar qué han votado.²⁵⁷

cional, Navarra, Aranzadi, 2002. Otros planteamientos sobre el tema pueden verse en Ruiz Miguel, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Técnicos, 1995.

²⁵⁶ Mieres, Luis Javier, “Estudio introductorio”, en *id.*, *Intimidad personal y familiar*, cit., p. 24. En este trabajo Mieres logra resumir en pocas páginas y de forma realmente brillante la abigarrada problemática del derecho a la intimidad. Nos basaremos principalmente en su contenido para lo que sigue.

²⁵⁷ *El dominio de la vida..., cit.*, p. 73.

La intimidad territorial protege espacios o zonas de aislamiento frente a la intrusión de extraños, lo que incluye, por ejemplo, la intimidad corporal, la cual debe ser immune “frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento” (Sentencia 37/1989).

Por su parte, la intimidad informacional protege las informaciones relativas a la vida privada de las personas; para determinar el alcance del concepto de “información protegida” puede acudirse a dos criterios fundamentales: uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo. Será información protegida objetivamente la que se considere como íntima según los estándares sociales dominantes en la medida en que se proyecta sobre los más básicos aspectos de la autodeterminación como persona. Será información protegida subjetivamente la que el titular del derecho decida voluntariamente reservar del conocimiento ajeno, con independencia de su contenido.²⁵⁸

Junto a la intimidad territorial y a la intimidad informacional, se puede hablar también del derecho a la intimidad en su dimensión de protección de la autonomía en la adopción de decisiones personales. Esta tercera dimensión sería la que permitiría proteger a toda persona de las acciones de otra que tuvieran por objetivo modificar una pauta de conducta desarrollada en el ámbito de la vida privada.²⁵⁹

Sobre los alcances del derecho a la intimidad, se debe decir que este derecho cubre no solamente un ámbito estrictamente personal, sino que se extiende también a cuestiones relacionadas con la vida familiar, ya que lo que le ocurra a nuestro cónyuge, a nuestros progenitores o a nuestros descendientes puede tener una estrecha conexión con nuestra intimidad; en este sentido, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que

no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio, y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegible [sentencias 231/1988 y 197/1991].

²⁵⁸ Sobre ambos conceptos, Mieres, “Estudio introductorio”, *cit.*, p. 25.

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 29-33.

Este aspecto de la intimidad, entendida como intimidad familiar, puede utilizarse para dar legitimidad activa a los familiares de una persona ya fallecida para reclamar judicialmente, en tanto que afecta a su propio derecho.²⁶⁰

En otro aspecto de la intimidad familiar, el Tribunal Constitucional ha sostenido que ese derecho puede hacerse valer por una persona frente a sus propios familiares. Por ello, ha considerado inconstitucional el deber de los esposos de hacer de forma conjunta la declaración del impuesto sobre la renta, pues ello obligaría a los cónyuges a comunicarse recíprocamente los ingresos percibidos, lo cual violaría el derecho a la intimidad (sentencias 45/1989 y 47/2001).

El derecho a la intimidad tiene, como se acaba de ver, una proyección horizontal en la medida en que puede oponerse por un particular frente a otro particular. Además del ya mencionado caso de los familiares, el derecho a la intimidad puede oponerse también al empleador en una relación laboral, limitando por ejemplo la posibilidad de que se coloquen micrófonos o cámaras que capten indiscriminadamente las actividades de clientes y trabajadores en una área de la empresa, aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha permitido en algunos casos dicha colocación cuando se demuestra necesaria y proporcional al efecto de proteger la propia actividad empresarial.

Los datos que habrá que tomar en cuenta al emitir el juicio de proporcionalidad son: *a) el lugar del centro de trabajo donde se instalan los sistemas audiovisuales para controlar a los trabajadores (si se instalan en lugares de esparcimiento y descanso, como lo son los vestuarios, comedores, etcétera, se considera que se lesiona sin duda alguna la intimidad de los trabajadores); b) el carácter visible o subrepticio de la instalación; c) el grado de intrusividad de la instalación, tomando en cuenta para ello si el registro audiovisual es general o si se limita a actividades puntuales y concretas de los trabajadores; y d) la finalidad real perseguida por el empresario.*²⁶¹

También en el marco del derecho a la intimidad dentro del derecho laboral, el Tribunal ha considerado no violatorias de ese derecho las pruebas sicológicas incluidas en un proceso de selección de personal, pero a condición de que: *a) el conocimiento del perfil sicológico de la persona sea relevante para el tipo de trabajo de que se trate; b) las preguntas resulten congruentes con la finalidad de la prueba; y c) se garantice la confidencialidad de los datos personales obtenidos (Auto 272/1998).*²⁶²

A los poderes públicos el derecho a la intimidad les impone tanto obligaciones de carácter negativo (no difundir información de carácter personal —datos

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 38.

²⁶¹ *Ibidem*, pp. 45, 52 y 53.

²⁶² *Ibidem*, p. 72.

personales—o confidencial—secreto bancario e industrial—, o bien no entrometerse en la vida privada de las personas), como obligaciones de carácter positivo, tendentes a darle una protección efectiva al derecho. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al señalar que

el derecho a la intimidad impone a los poderes públicos la obligación de adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para hacer efectivo aquel poder de disposición, y preservar de potenciales agresiones a ese ámbito reservado de la vida personal o familiar, no accesible a los demás; en especial, cuando la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales protegidos pueden justificar ciertas informaciones relativas a una persona o su familia sean registradas y archivadas por un poder público... [Sentencia 144/1999].

A partir de la casuística jurisprudencial desarrollada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Luis Javier Mieres ha identificado las siguientes obligaciones positivas de los poderes públicos en relación con el derecho a la intimidad:²⁶³ *a)* los poderes públicos tienen el deber de proteger la intimidad frente a inmisiones de ruidos en el ámbito domiciliario; *b)* tienen la obligación de limitar la accesibilidad a documentos y archivos públicos en los que figuren datos relativos a una persona y familia; *c)* deben adoptar dentro del marco de un proceso judicial medidas cautelares de urgencia para proteger la intimidad, dichas medidas pueden consistir en la prohibición de divulgar informaciones relativas a una persona o familia con el fin de evitar el carácter irreversible o irreparable del daño que pudiera sufrir el derecho a la intimidad de los afectados; *d)* tienen el deber de penalizar los abusos sexuales contra menores; *e)* están obligados a facilitar el acceso del interesado a los datos personales en relación con el periodo de su infancia en que estuvo a cargo de instituciones públicas; *f)* deben proveer información necesaria y apropiada a los afectados por actividades peligrosas susceptibles de tener consecuencias para la salud; y *g)* deben adoptar medidas de prevención contra ataques graves al medio ambiente que afecten al bienestar de las personas, perjudicando el desarrollo de su vida privada y familiar.

El derecho a la intimidad, en tanto que intimidad territorial, se encuentra en estrecha conexión con el derecho a la inviolabilidad del domicilio y con el derecho al secreto de las comunicaciones, temas sobre los que nos detendremos en el capítulo cuarto de este libro al estudiar los derechos de seguridad jurídica. La intimidad territorial protege frente a las intrusiones en el domicilio o en las comunicaciones que no se realizan por canales abiertos, incluso si esa intrusión

²⁶³ *Ibidem*, pp. 46 y 47.

se quiere realizar por medios tecnológicos que no requieren de la penetración directa en el domicilio o en el medio de comunicación (a través de la intervención de una línea telefónica, por ejemplo).²⁶⁴

La intimidad territorial entendida como protección de una zona propia y reservada con que debe contar cada persona le ha servido también al Tribunal Constitucional español para delimitar el concepto de acoso sexual en el ámbito laboral, cuyos supuestos y consecuencias son distintas de las que tiene el acoso sexual en el ámbito penal. Así pues, en el criterio del Tribunal, un requerimiento sexual o un comportamiento libidinoso hacia una persona puede lesionar su derecho a la intimidad siempre que se presenten los siguientes requisitos: *a)* el carácter objetivo de la conducta (manifestada por su intensidad, reiteración, existencia de contactos corporales o comentarios ofensivos); *b)* el rechazo explícito del afectado, incluso si dicho rechazo no se manifiesta de forma inmediata ni se dirige directamente contra el autor o autora del acoso; y *c)* la grave perturbación sufrida, que puede afectar la estabilidad o la promoción en el empleo, pero que también puede consistir en la creación de un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador.²⁶⁵

Dentro de los espacios penitenciarios, la intimidad territorial despliega sus efectos sobre todo como intimidad corporal. La intimidad se vería vulnerada si una autoridad pretende llevar a cabo una inspección corporal que afecte a las zonas íntimas del cuerpo, como sin duda lo son las cavidades corporales como boca, ano y vagina. En este sentido, el Tribunal Constitucional español considera que las autoridades penitenciarias no pueden realizar inspecciones sobre los presos o sobre sus familiares de forma indiscriminada, sino que tienen que atender a la existencia de varios datos para que la medida esté justificada. Entre esos datos están las circunstancias del propio centro penitenciario, la previa conducta de los afectados y los métodos utilizados para llevar a cabo las inspecciones (Sentencia 57/1994); bajo tales circunstancias, el Tribunal entiende que lesionan el derecho a la intimidad la orden de desnudarse y hacer flexiones (sentadillas) o el cacheo con desnudo integral en una sala para tal efecto tras una comunicación íntima (Sentencia 57/1994). No sería sin embargo inconstitucional el control consistente en desnudo integral y pase por un arco detector de metales o el sometimiento a una prueba de rayos X, siempre y cuando exis-

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 49.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 51.

tan las medidas técnicas necesarias para asegurar que la exposición a esos rayos no irá en demérito del derecho a la integridad física del sujeto.²⁶⁶

Por lo que hace al derecho a la intimidad en su vertiente de intimidad informatacional, el Tribunal Constitucional ha considerado que, como regla general, las informaciones sobre una persona que pueden considerarse socialmente intrascendentes están protegidas por el derecho a la intimidad (Sentencia 115/2000); esto significa que, para difundir información sobre una persona sin su consentimiento habrá de tratarse de información que sea de interés público, entendiendo por tal no la información que demande la curiosidad ajena o la que tenga interés noticioso a juicio de los medios, sino aquella que se refiere a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos (Sentencia 134/1999).

Carecen de interés público, según el Tribunal, y violan por tanto el derecho a la intimidad:²⁶⁷ *a)* la comercialización de un video en el que se incluyen imágenes de la agonía y muerte de un torero; *b)* la publicidad de la identidad y actividades de la madre natural del hijo adoptivo de una conocida artista; *c)* la divulgación de que un profesional de la arquitectura tiene SIDA; *d)* el padecimiento de una enfermedad en una parte íntima del cuerpo de un personaje muy conocido; *e)* la publicación de los cuidados estéticos y hábitos hogareños de una mujer famosa; y *f)* la reproducción de unas fotografías de una mujer desnuda, vinculada con una secta objeto de un proceso penal.

Puede darse el caso, sin embargo, que el titular del derecho preste su consentimiento para que cierta información íntima sea dada a conocer; esto sucede cuando una persona comunica a un tercero datos personales teniendo la expectativa de que ese tercero puede difundirlos.

La regla general que se debe aplicar a casos de transmisión de datos protegidos a terceros es la de que esos terceros deben mantenerlos en reserva, absteniéndose de comunicarlos; los terceros, pese a lo anterior, podrán comunicar a su vez esos datos siempre que se esté en los siguientes supuestos:²⁶⁸ *a)* si dadas las circunstancias el comunicante no tuviera una expectativa razonable de confidencialidad y a pesar de ello revela al interlocutor datos relativos a su persona (por ejemplo, si atiende la llamada de un periodista que se ha identificado como tal); y *b)* si el uso de la información obtenida es relevante para satisfacer un interés constitucional que, atendiendo a las circunstancias del caso, pueda resultar prevalente sobre el derecho a la intimidad (por ejemplo si se utiliza la grabación de una conversación que luego será exhibida como prueba en un

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 69.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 66.

proceso penal; o si se filma a una persona para acreditar por parte de la víctima actos de agresión sexual).

En relación con el tema de la extensión del derecho a la intimidad de los personajes públicos (cargos públicos, deportistas famosos, personajes sociales, etcétera), el Tribunal ha señalado que se debe tener en cuenta, a la hora de enjuiciar una posible violación de ese derecho, la conducta anterior que ha tenido el sujeto en relación con su vida privada; para el Tribunal, el hecho de querer convertirse en un personaje público puede suponer la asunción de un mayor riesgo de exposición de la vida privada, riesgo que asumido voluntariamente, redunda en una reducción de su zona de reserva, pero no desde luego en la perdida del derecho a la intimidad (Sentencia 115/2000). Así por ejemplo, el Tribunal sostuvo: de la circunstancia de que una persona pertenezca a una secta que fomenta la promiscuidad sexual entre sus integrantes, no deriva el hecho de que haya perdido el poder de reserva sobre las partes íntimas de su cuerpo, por lo que la divulgación de fotografías en las que aparece desnuda constituye una violación de su derecho a la intimidad (Sentencia 156/2001).

Como garantías instrumentales del derecho a la intimidad se han creado las figuras del secreto profesional y del secreto bancario (que también tienen otras funciones, no vinculadas en todo caso solamente con el mencionado derecho). Sin esas garantías, las personas podrían sentirse disuadidas de comunicar a ciertos profesionales datos privados que son necesarios para proteger otros bienes legítimos, algunos de los cuales pueden tener incluso rango constitucional (como el derecho a la salud o el derecho a contar con la mejor defensa posible en un juicio).²⁶⁹ El Tribunal Constitucional ha extendido, en un caso concreto, el secreto profesional a la actividad de empleado o empleada del hogar, de forma que una niñera o un jardinero deben abstenerse de divulgar datos privados de los que hayan tomado conocimiento por virtud del trabajo que han desempeñado (Sentencia 115/2000).

El derecho a la intimidad se encuentra recogido en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. En términos muy parecidos está redactado el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁶⁹ *Ibidem*, pp. 74 y 75.

En interpretación del artículo 17 del Pacto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha dictado una observación general que contiene algunas consideraciones interesantes sobre el derecho a la intimidad.²⁷⁰ Por lo que ahora interesa, en dicha observación se manifiesta sobre algunos aspectos del derecho a la autodeterminación informativa, lo siguiente:

10. La recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por los particulares o entidades privadas, deben estar reglamentados por la ley. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de personas no autorizadas por ley para recibirla, elaborarla y emplearla y por que nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto. Para que la protección de la vida privada sea lo más eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen datos personales incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación.

Sobre la rectificación de datos en el ordenamiento jurídico mexicano se abunda más adelante al tratar el tema del derecho a la información, en su modalidad de acceso a la información pública.

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, la intimidad se protege en el artículo 8o. cuyo texto establece que:

1. Toda persona tiene el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su hogar y de su correspondencia.
2. No habrá injerencias por parte de las autoridades públicas en el ejercicio de este derecho, salvo en la medida en que lo prevea el derecho y sea necesario en una sociedad democrática para salvaguardar los intereses de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del bienestar económico del país, para la prevención del desorden o del delito, para la protección de la salud o de la moral o para la protección de los derechos y libertades de los demás.

²⁷⁰ Se trata de la Observación General núm. 16, adoptada en el 32o. periodo de sesiones, en 1988, consultable en Carbonell, Miguel y otros, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 416-419.

A partir del citado artículo 8o., el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado varias sentencias en las que, partiendo del concepto de vida privada, ha dado una amplia protección al derecho a la intimidad. Así, el Tribunal ha considerado que unas leyes de Irlanda dictadas durante el siglo XIX que penalizaban las relaciones homosexuales, violaban la vida privada de las personas y, en consecuencia, eran contrarias al artículo 8o. (*Caso Dudgeon contra Reino Unido*, sentencia del 22 de octubre de 1981).

En otro caso, dicho Tribunal ha considerado que la legislación penal holandesa violaba el artículo 8o. al no ofrecer protección suficiente contra los abusos sexuales en contra de una persona menor de edad que presentaba una disminución síquica (*Caso X e Y contra Países Bajos*, sentencia del 26 de marzo de 1985). También se ha considerado violatorio del artículo 8o. un registro en el despacho de un abogado por parte de las autoridades alemanas; en este caso, el Tribunal extiende el concepto de vida privada hacia las actividades profesionales o comerciales (*Caso Niemitz contra Alemania*, sentencia del 16 de diciembre de 1992). Estos son solamente algunos ejemplos de la gama relativamente amplia de cuestiones que ha abordado el Tribunal Europeo y que, tal vez, puedan servir para fortalecer la protección del derecho a la intimidad en el derecho constitucional mexicano.²⁷¹

2. Derecho al honor

La doctrina parece coincidir en que existen dos posibles vías para determinar el concepto de honor que se tutela por los textos constitucionales modernos y por algunos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. La primera sería de carácter objetivo o factual, a partir de la cual el honor de una persona guardaría estrecha relación con la reputación social que la misma tuviera; la reputación, desde este punto de vista, sería algo contrastable en términos de verdad o falsedad y remitiría a una consideración sociológica.²⁷² La segunda vía es de carácter subjetivo y está determinada por el concepto de honor que tenga respecto de sí mismo un sujeto; es decir, el honor, en este segundo supuesto, se identificaría con la propia estimación, con la autoestima.²⁷³

La violación del derecho al honor puede dar lugar a la figura penal o civil del ultraje, la que no debe ser confundida con la difamación. La difamación en sentido estricto consiste en una imputación falsa sobre la conducta de una persona,

²⁷¹ Otras sentencias interesantes pueden encontrarse en el libro de Mieres, Luis Javier, *Intimidad personal y familiar*, cit., pp. 285 y ss.

²⁷² Coderch, Pablo Salvador, *El mercado de las ideas*, cit., pp. 56 y 57.

²⁷³ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

pero que resulta creíble para personas razonables; el ultraje, por el contrario, no es susceptible de valoración en términos de verdad o falsedad, y para que se configure no se requiere que su contenido sea creíble, pues ese no es un presupuesto para la causación de un daño.²⁷⁴

La lesión del honor se produce cuando se afecta la dignidad de una persona, a través del menoscabo sobre el reconocimiento que los demás tienen de ella, de su integridad moral o del prestigio, consideración o imagen social.

El Tribunal Constitucional español ha explorado en varias de sus sentencias el contenido y los alcances protectores del derecho al honor.²⁷⁵ Así, por ejemplo, lo ha asociado con el derecho a la buena reputación; la doctrina apunta que tales conceptos tienen una “ambigüedad considerable” y ponen de manifiesto la necesidad de ser entendidos en su proyección sobre ámbitos concretos de la realidad social, como el “prestigio profesional”.²⁷⁶

Aunque en principio podría pensarse que la titularidad del derecho al honor corresponde a las personas físicas, en la jurisprudencia comparada se encuentran algunos casos que reconocen un derecho al honor de ciertos colectivos o incluso a entidades indeterminadas de personas. Ese fue el criterio que el Tribunal Constitucional español mantuvo en el conocido *Caso Friedman*, en el que una persona había sostenido opiniones ofensivas para la señora Violeta Friedman, quien había estado prisionera en campos de concentración nazis y en los que además habían muerto personas de su círculo familiar íntimo.

En su sentencia (la 214/1991), el Tribunal Constitucional comienza afirmando que el derecho al honor tiene un carácter personalista, en tanto que es referible a personas individualmente consideradas, por lo cual se hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas; sin embargo, sostiene el Tribunal, también se puede apreciar una lesión del derecho al honor siempre que los ataques se refieran a un colectivo de personas más o menos amplio, cuando los mismos trasciendan a sus miembros. Lo que vino a decir el Tribunal en esa sentencia, que luego fue precisado en la Sentencia 176/1995 del mismo órgano, es que el pueblo judío en su conjunto tiene derecho al honor y que para

²⁷⁴ *Ibidem*, pp. 58 y 59.

²⁷⁵ Un repaso de las correspondientes sentencias y de los métodos interpretativos que se han aplicado puede verse en Ortega Gutiérrez, David, *Derecho a la información versus Derecho al honor*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 101 y ss.

²⁷⁶ Cruz Villalón, Pedro y Pardo Falcón, Javier, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *cit.*, p. 105; sobre algunos temas en torno a la titularidad del derecho al honor, ver Aragón, Manuel, “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. III, pp. 1505 y ss.

defenderlo tendrían legitimidad activa todos y cada uno de sus integrantes, en la medida en que los ataques se resolvían en invectivas, improperios y descalificaciones globales, que afectan al conjunto de personas identificables como miembros de ese colectivo humano.

Por su novedad, son pocas las interpretaciones judiciales que nuestros tribunales han hecho de los derechos estudiados en este apartado. De entre las existentes puede citarse la siguiente, dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en donde conceptos muy cercanos al derecho al honor, como son la probidad personal y el modo honesto de vivir, adquieren relevancia para el ejercicio de los derechos político-electORALES:

ANTECEDENTES PENALES. SU EXISTENCIA NO ACREDITA, POR SÍ SOLA, CARENCIA DE PROBIDAD Y DE UN MODO HONESTO DE VIVIR. El hecho de haber cometido un delito intencional, puede llegar a constituir un factor que demuestre la falta de probidad o de honestidad en la conducta, según las circunstancias de la comisión del ilícito, pero no resulta determinante, por sí solo, para tener por acreditada la carencia de esas cualidades. El que una persona goce de las cualidades de probidad y honestidad se presume, por lo que cuando se sostiene su carencia, se debe acreditar que dicha persona llevó a cabo actos u omisiones concretos, no acordes con los fines y principios perseguidos con los mencionados valores. En el caso de quien ha cometido un delito y ha sido condenado por ello, cabe la posibilidad de que por las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución de ilícitos, se pudiera contribuir de manera importante para desvirtuar esa presunción; sin embargo, cuando las penas impuestas ya se han compurgado o extinguido y ha transcurrido un tiempo considerable a la fecha de la condena, se reduce en gran medida el indicio que tiende a desvirtuar la presunción apuntada, porque la falta cometida por un individuo en algún tiempo de su vida, no lo define ni lo marca para siempre, ni hace que su conducta sea cuestionable por el resto de su vida. Para arribar a la anterior conclusión, se toma en cuenta que en el moderno Estado democrático de derecho, la finalidad de las penas es preponderantemente preventiva, para evitar en lo sucesivo, la transgresión del orden jurídico, al constituir una intimidación disuasoria en la comisión de ilícitos y como fuerza integradora, al afirmar, a la vez, las convicciones de la conciencia colectiva, función que es congruente con el fin del Estado democrático de derecho, que se basa en el respeto de la persona humana. Así, el valor del ser humano impone una limitación fundamental a la pena, que se manifiesta en la eliminación de las penas infamantes y la posibilidad de readaptación y reinserción social del infractor, principios que se encuentran recogidos en el ámbito constitucional, en los artículos 18 y 22, de los que se advierte la tendencia del sistema punitivo mexicano, hacia la readaptación del infractor y, a su vez, la prohibición de la marca que, en términos generales, constituye la impresión de un signo exterior para señalar a una persona, y con esto, hacer referencia a una determinada situación de ella. Con esto, la marca define o fija en una persona una determinada calidad que, a la vista de todos los demás, lleva implí-

cita una carga discriminatoria o que se le excluya de su entorno social, en contra de su dignidad y la igualdad que debe existir entre todos los individuos en un Estado democrático de derecho. Por ende, si una persona comete un ilícito, no podría quedar marcado con el estigma de ser infractor el resto de su vida, porque ello obstaculizaría su reincisión social. En esa virtud, las penas que son impuestas a quien comete un ilícito no pueden tener como función la de marcarlo o señalarlo como un transgresor de la ley ni, por tanto, como una persona carente de probidad y modo honesto de vivir; en todo caso, la falta de probidad y honestidad pudo haberse actualizado en el momento en que los ilícitos fueron cometidos; pero si éstos han sido sancionados legalmente, no podría considerarse que esas cualidades desaparecieron para siempre de esa persona, sino que ésta se encuentra en aptitud de reintegrarse socialmente y actuar conforme a los valores imperantes de la sociedad en la que habita. Tercera época: Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-020/2001. Daniel Ulloa Valenzuela. 8 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-303/2001. Partido Acción Nacional. 19 de diciembre de 2001. Unanimidad de seis votos. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-011/2002. Partido Acción Nacional. 13 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Sala Superior, tesis S3ELJ 20/2002.

En un pronunciamiento que se puede calificar por lo menos como curioso, nuestro Poder Judicial federal ha intentado definir el concepto de honor en el ámbito militar; se trata de la siguiente tesis:

HONOR, CONCEPTO DE, EN LA LEGISLACIÓN MILITAR. Por honor se entiende la buena reputación, que se adquiere por la virtud y probidad, así como por la honestidad y recato de la mujer, que es la base de la familia, la cual se integra con la parentela inmediata, padre, madre, cónyuge e hijos, por lo que si el activo realizaba el acto sexual en un lugar con acceso al público, con la esposa de un superior jerárquico, provocando que el cónyuge ofendido se enterara y encontrara a los protagonistas del acto en ese preciso momento, y por ello golpeó a su inferior jerárquico lesionándolo, y sacó a jalones a su esposa, causándose conmoción social producida por el escándalo, es evidente que se lesionó la reputación de la familia del cónyuge ofendido, porque afectó la composición ética de ésta, dañando también la moral pública; por tanto el quejoso infringió un deber contra el decoro y la ética militar que su condición de cabo de infantería le imponía, violando con ello las normas militares contenidas en los artículos 382 del Código de Justicia Militar y 44 del Reglamento General de Deberes Militares. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo directo 13/88. Luis Figueroa Martínez. 25 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Martha Leonor Bautista de la Luz. Octava época, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. I, segunda parte-1, enero a junio de 1988, p. 326.

3. Derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen se entiende como “una garantía frente a la captación, reproducción, filmación o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada, así como la utilización del nombre, la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios o comerciales”.²⁷⁷ Es decir, lo que está protegiendo el derecho a la propia imagen es la libertad de cada persona para decidir en qué casos y bajo qué circunstancias su imagen puede ser recogida por algún medio electrónico o físico; es un derecho de autonomía, que se considera esencial para el desarrollo de la propia personalidad.

Desde luego, el derecho a la propia imagen debe armonizarse con la libertad de expresión e imprenta, de forma que no podrá invocarse para evitar la captación de la imagen de una persona que se encuentre en un lugar abierto al público y siempre también que la transmisión de la misma obedezca a un interés informativo de carácter general, necesario para la conformación de la opinión pública.

De igual forma, el derecho a la propia imagen no es obstáculo para captar y reproducir la imagen de los funcionarios públicos o de personajes de relevancia pública, siempre que se respete su derecho a la intimidad y que no concurren circunstancias violatorias en sí mismas del derecho a la propia imagen. En este supuesto se ubicaría un caso en que se tomara la imagen de un funcionario público para promocionar comercialmente un producto sin su autorización. Esto significa que el derecho a la propia imagen puede ceder si se enfrenta a otro derecho de rango constitucional como lo puede ser la libertad de expresión (que además, como ya se ha visto, tiene un valor prevalente frente a otros derechos), para efectos de preservar la institución de la opinión pública libre; pero no debe ceder frente a un mero interés mercantil que es el que se ejerce al explotar comercialmente la imagen de alguna persona.²⁷⁸

En la actualidad, el derecho a la propia imagen ha ido tomando un significado estrictamente comercial, en el sentido de constituir un límite a las posibilidades de lucro de alguna empresa que utilice sin su consentimiento la imagen

²⁷⁷ Cruz Villalón y Pardo Falcón, “Los derechos...”, *cit.*, p. 107. Los mismos autores afirman que “el derecho a la propia imagen probablemente esté llamado a ser uno de los más representativos del siglo XXI, suscitándose la hipótesis, si no del reconocimiento de un eventual derecho al anonimato, sí de la relevancia que al deseo de cualquier persona de permanecer en el anonimato ha de otorgársele dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la propia imagen” (p. 107). Un estudio monográfico sobre el tema puede encontrarse en Azurmendi, Ana, *El derecho a la propia imagen*, *cit.*

²⁷⁸ Coderch, Pablo Salvador, *El mercado de las ideas*, *cit.*, p. 329.

de ciertos personajes conocidos o de relevancia pública. Es decir, se ha constituido como una derivación de los derechos de autor, por así decirlo; de forma que la imagen puede ser objeto de transacción y de hecho constituye una fuente de ingresos para muchas personas en determinados ámbitos sociales. El derecho a la propia imagen se ha *patrimonializado*.

En todo caso, hay que subrayar que se trata de un derecho vinculado a principios esenciales del Estado constitucional (como el de autonomía o el de dignidad de las personas), que no puede ser trivializado por el mero hecho de que algunas personas se dediquen a lucrar con la imagen propia y ajena. Para las personas que no lo hacen sigue siendo esencial contar con ese ámbito protegido que impide que otra persona pueda captar, reproducir o utilizar de cualquier forma nuestra propia imagen.

X. LAS LIBERTADES DE ASOCIACIÓN Y REUNIÓN (ARTÍCULO 9o.)

El artículo 9o. de la Constitución mexicana de 1917 contempla dos derechos fundamentales distintos: el de reunirse y el de asociarse. Su texto es el siguiente:

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

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

En lo siguientes dos apartados se estudia cada uno de estos derechos por separado, ya que se trata de derechos que, a pesar de estar regulados en un mismo precepto constitucional, tienen diferencias importantes entre ellos, como se verá en seguida.

1. *Libertad de reunión*

El derecho de reunión implica la libertad de todos los habitantes de la República para poder congregarse con otros con cualquier finalidad y objeto, siempre que dicha reunión sea de carácter pacífico y tenga un objeto lícito. Si se trata de reuniones de carácter político (es decir, que tengan relación directa con la

celebración de las campañas electorales o con la emisión de los sufragios o, en general, con los procesos electorales), solamente podrán participar los ciudadanos mexicanos.

La libertad de reunión conlleva la obligación para las autoridades públicas de no entorpecer la realización de cualquier congregación, siempre que reúna los requisitos que se encuentran en el texto del artículo 9o.; esto quiere decir que ninguna autoridad puede disolver una manifestación o asamblea, como lo precisa, justamente, el segundo párrafo del mismo artículo 9o.

El derecho de reunión se encuentra, como ha señalado el Tribunal Constitucional español, a medio camino entre la libertad de expresión y el derecho de asociación:

Históricamente, el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, que mantiene en la actualidad una tan íntima conexión doctrinal con ellos, que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo —una agrupación de personas—, el temporal —de duración transitoria—, el finalístico —licitud de la finalidad— y el real u objetivo —lugar de celebración— [Sentencia 85/1988].

Retomando las ideas de la sentencia que se acaba de exponer, puede decirse que el derecho de reunión es un derecho individual si se contempla desde el punto de vista de su titularidad, pero su ejercicio es de carácter colectivo, pues para que pueda haber una reunión (objeto de tutela de la disposición del artículo 9o.) tiene que haber al menos dos sujetos. La reunión supone un ámbito temporal transitorio en el ejercicio del derecho, pues una reunión de carácter permanente se asemejaría más, quizás, a una asociación. Además, la finalidad tiene que ser jurídicamente admisible. Y en cuanto al lugar de celebración, conviene hacer algunas precisiones particulares, pues la problemática al respecto no es del todo sencilla.

Para empezar, hay que señalar que el derecho de reunión se debe compatibilizar con otros derechos; para efectos del lugar en que se pueden realizar las reuniones, hay que distinguir entre las que se llevan a cabo en lugares públicos y las que se realizan dentro de propiedades privadas. Para efecto de las segun-

das, se debe tomar en cuenta el derecho de propiedad, de forma tal que si la reunión se va a celebrar dentro de una propiedad privada, se debe tener el consentimiento del titular de dicho derecho.

Como lo señala Juan María Bilbao,

los ciudadanos no tenemos derecho a reunirnos en el lugar que mejor nos parezca (en el domicilio de otra persona, por ejemplo), sin contar con la autorización o el consentimiento de quien jurídicamente tiene atribuida la facultad de disponer de ese local o espacio abierto. Otros derechos de rango fundamental (derecho de propiedad, inviolabilidad del domicilio, libertad de empresa) condicionan el ejercicio del derecho de reunión. En realidad, la disponibilidad del lugar escogido para celebrar la reunión es el presupuesto objetivo para poder ejercer el mencionado derecho.²⁷⁹

Para las reuniones que se lleven a cabo en lugares públicos, no se debe requerir ningún tipo de autorización; aunque en México la Constitución no lo establece, en el derecho comparado se encuentra evidencia para sugerir que la realización de reuniones en lugares públicos puede suponer para los que las convocan la obligación simplemente de avisar a la autoridades de que dicha reunión se va a llevar a cabo, para el único efecto de que éstas puedan a su vez hacerlo del conocimiento del resto de los ciudadanos y tomar las precauciones necesarias para conservar el orden público.

En este contexto, se puede citar el artículo 21 de la Constitución española, en cuyo párrafo segundo se dispone que “En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”; la legislación que desarrolla este precepto se encarga de señalar que

La celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberán ser comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente por los organizadores o promotores de aquéllas, con una antelación de diez días naturales, como mínimo y treinta como máximo... Cuando existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de convocatoria y celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, la comunicación... podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas.²⁸⁰

²⁷⁹ *La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros*, Madrid, CEPC, 1997, p. 820.

²⁸⁰ Artículo 80. de la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión. Para la interpretación de esta Ley, González Pérez, Jesús, *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas, 2002.

Sobre este tema el Tribunal Constitucional español ha sostenido que

El derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado. Es, indudablemente, un derecho subjetivo de ejercicio colectivo, que al ser realizado incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos; posibilitando, a veces, la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general, que corresponde garantizar y salvaguardar al poder público. El valor preeminente de estos valores afectados exige, en una sociedad democrática, que la Constitución conceda poderes a la autoridad para imponer al ciudadano el deber de comunicar con antelación razonable, como requisito indispensable de la proyectada reunión, para poder conocer su alcance y determinar la procedencia de previas averiguaciones, facilitar el uso del lugar u modificar su emplazamiento y tomar las medidas de seguridad que fueran precisas, otorgándole, además, la facultad de prohibirla si concurren las circunstancias que constitucionalmente así lo determinan [Sentencia 36/1982].

Un problema especial se genera cuando el derecho de reunión quiere ejercerse dentro del espacio de una empresa, a través de la reunión de sus trabajadores. En este punto, la jurisprudencia comparada parece reconocerle al empresario el derecho de mantener ciertas reglas dentro de su establecimiento, de forma que las reuniones no se podrían llevar a cabo —bajo ese concepto, al menos— dentro de los horarios de trabajo.²⁸¹ Cuestión distinta sería que, en ejercicio de alguna prerrogativa derivada de derechos de signo estrictamente laboral (como el derecho de sindicación) se convocara a alguna reunión, pero en todo caso se trataría del ejercicio de un derecho que cuenta con una distinta cobertura constitucional y con un diferente régimen legal.

El derecho de reunión, y particularmente las manifestaciones públicas, generan para las autoridades algunas obligaciones. En primer término la obligación de no entorpecer, reprimir o prohibir la manifestación. Pero también le suponen la obligación de proteger el ejercicio del derecho frente a agresiones de terceros, puesto que, como señala Tomás R. Fernández, “el derecho a manifestarse no es siquiera concebible si no se asegura de forma adecuada frente al riesgo de contramanifestaciones”²⁸²

²⁸¹ Sobre este punto, el Tribunal Constitucional español señala que “el ejercicio del derecho de reunión... ha de ajustarse a determinadas reglas y límites cuando tiene lugar en el seno de la empresa, pues ha de compatibilizarse con los derechos y obligaciones que nacen de la relación de trabajo y, en particular, con los derechos del empresario en cuanto a la dirección y organización del trabajo y sobre los locales y útiles de la empresa”, Auto 869/1988.

²⁸² Citado por González Pérez, Jesús, *Derecho de reunión y manifestación*, cit., pp. 103 y 104.

Las autoridades también deben generar las condiciones para que el ejercicio del derecho de reunión no signifique la violación de otros derechos fundamentales; en este punto, tan delicado, se debe realizar un ejercicio de ponderación entre derechos, de forma que se asegure —en la medida de lo posible— la maximización de todos los derechos en conflicto.

Particularmente compleja es la relación entre el derecho de manifestación y la libertad de tránsito, pues si el primero se ejerce en la vía pública el segundo puede correr algún tipo de riesgo, sobre todo en las grandes urbes en las que los problemas de tráfico son parte de la cotidianidad. Desde luego, la libertad de tránsito no supone el derecho de pasar por donde queramos o de hacerlo en el momento en que nos parezca más oportuno, pero también es cierto que la occlusión completa de una vía de circulación principal, a determinadas horas del día, puede generar un caos de enormes proporciones.

La proporcionalidad exigiría, en este punto, que las reuniones que se celebren en la vía pública no impidan por completo la circulación (por ejemplo, que dejen libre al menos un carril para el paso de los automóviles), o que a ciertas horas no pudieran discurrir por las arterias viales más importantes (la limitación horaria debe ser, a su vez, muy limitada, porque de otra forma estaría vaciando de contenido el derecho de reunión; por ejemplo, si se dijera que en una avenida muy importante las manifestaciones solamente se podrán realizar entre las 2 y las 3 de la madrugada; esta limitación, evidentemente, no sería proporcional y por tanto violaría la libertad de reunión).

En todo caso, hay que recordar que el derecho es un instrumento para permitir la convivencia social pacífica, y que en la consecución de ese objetivo se deben emprender esfuerzos para lograr armonizar de la mejor forma posible el ejercicio de los derechos fundamentales. Por eso es que sería importante contar con una o varias leyes reguladoras del derecho de reunión, siguiendo los modelos de las que ya existen en otros países.

2. *Libertad de asociación*

Por su parte, el derecho de asociación consiste en la libertad de todos los habitantes para conformar, por sí mismos o con otras personas, entidades que tengan una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes; es decir, se trata de poder constituir lo que Kelsen llamaría un “centro de imputación de derechos y obligaciones”, con el objeto y finalidad que sus integrantes libremente determinen, siempre que sea lícito. De nuevo hay que decir que en materia política solamente los ciudadanos de la República podrán ejercer esta libertad,

que tampoco les ha sido concedida a los ministros de culto religioso de acuerdo con el artículo 130 inciso e).

La libertad de asociación tiene un papel esencial en la conformación de las democracias modernas, pues expresa la posibilidad de constituir agregados interpersonales de intereses, que tengan reconocida una personalidad jurídica. Por medio de las asociaciones las personas añaden un elemento importante a su convivencia y pueden expandir su horizonte vital, participando con otras personas en la consecución de ciertos fines. La participación asociativa incrementa el sentimiento cívico de los ciudadanos, les permite incidir de forma más directa en las decisiones importantes de su comunidad y refuerza los vínculos amistosos e incluso familiares. La participación asociativa es una de las formas más importantes de creación de lo que se ha denominado el “capital social”.²⁸³

Tiene razón Peter Häberle cuando escribe que la libertad de asociación es “un elemento irrenunciable de la democracia pluralista o de la *Constitución del pluralismo*”,²⁸⁴ en el mismo sentido, pero muchos años antes, Alexis de Tocqueville escribía que “Después de la libertad de obrar solo, la más natural al hombre es la de combinar sus esfuerzos con los de sus semejantes y obrar en común. El derecho de asociación me parece casi tan inalienable por su naturaleza como la libertad individual. El legislador no puede querer destruirlo sin atacar a la sociedad misma”.²⁸⁵

La diferencia entre la libertad de reunión y la de asociación consiste sobre todo en la duración de los efectos que conlleva el ejercicio de una y otra. En tanto que, como ya se ha mencionado, la libertad de reunión despliega sus efectos mientras físicamente se encuentran reunidas las personas que la ejercen, la libertad de asociación se proyecta con efectos temporales más extendidos, en la medida en que se crea una personalidad jurídica distinta de la que corresponde a las personas que la ejercen.

Las libertades mencionadas se encuentran reconocidas en muchas declaraciones internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de 1948 (artículo 20), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 21), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 80.), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículos 15 y 16) y el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical.

²⁸³ La caracterización sociológica del asociacionismo y su relación con el capital social puede verse en el importante libro de Putnam, Robert, *Solo en la bolera. Colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2002.

²⁸⁴ *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998, p. 79 (cursivas del autor).

²⁸⁵ *La democracia en América*, cit., pp. 209 y 210.

Algunas de estas declaraciones aportan matices importantes a lo señalado en la Constitución y, en virtud de que conforman lo que el artículo 133 llama la “Ley Suprema de toda la Unión”, deben ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar el artículo 9o.

En algunos otros preceptos de la Constitución se detallan las formas concretas que puede tomar en derecho de asociación; por ejemplo, en el artículo 41 se habla de las asociaciones que toman la forma de “partidos políticos” y cuya función, entre otras, consiste en constituirse como vehículos para que los ciudadanos puedan tener acceso a la funciones representativas; de la misma forma, en el artículo 123 se prevén los sindicatos obreros y las asociaciones profesionales. La libertad de asociación política se reitera, además, en el artículo 35, fracción III de la misma Constitución. El artículo 130 se refiere a las iglesias y asociaciones religiosas, las cuales desde luego tienen una personalidad jurídica distinta a la de sus miembros.

A luz de lo anterior, quizá sea oportuno distinguir entre el régimen jurídico de *las asociaciones en general* (que sería el que estaría tutelado por el artículo 9o.) y el régimen jurídico de *certas asociaciones en particular* (que tendría un distinto marco de protección constitucional).

La exigencia de que las libertades de reunión y asociación tengan un objeto lícito como lo menciona el artículo 9o. constitucional, debe interpretarse en forma muy restrictiva, pues si bien el Código Civil Federal proporciona un concepto de ilicitud (su artículo 1830 establece: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”), dicho concepto puede o no ser adecuado a las exigencias de una sociedad democrática, en la que el legislador, si bien puede interpretar con bastante amplitud los mandatos constitucionales, no puede hacer con ellos lo que quiera, por ejemplo anulándolos a través de una legislación restrictiva en materia de derechos fundamentales.

Por ello, deben evitarse en la legislación secundaria las referencias a la licitud como conformidad con “las buenas costumbres” o “las leyes de orden público” o cualquier expresión o concepto semejante: lo correcto es entender que es ilícito todo acto que vaya en contra de la ley; dicha ley, para no ser constitucional, no puede limitar un derecho fundamental a menos que: *a*) sea necesario para preservar otro derecho del mismo rango; *b*) sea necesario para garantizar el igual goce por otras personas del mismo derecho; y *c*) la limitación se desprenda de un mandato constitucional concreto, es decir, que esté prevista directamente por el texto constitucional y el legislador se limite a recogerla en la ley.

Incluso, para reducir al mínimo la posibilidad de intervenciones arbitrarias de las autoridades sobre la libertad de asociación, la ilicitud debería reducirse al campo del derecho penal; es decir, solamente pueden considerarse ilícitas aquellas asociaciones que realicen conductas previstas como delictivas por la ley; incluso, a la hora de dictar leyes penales, el legislador debe de cuidarse de no vulnerar el contenido esencial del derecho de asociación; lo cual supone, como señalan González Pérez y Fernández Farreres, que

el legislador no puede tipificar delitos estrictamente asociativos, es decir, delitos cuyo ámbito de aplicación se circunscriba únicamente a las asociaciones, de manera que el fin perseguido, o el medio utilizado, por la asociación ha de encontrarse tipificado como delito con carácter general —y no específicamente por relación a las asociaciones— si se pretende sancionar como delictiva a la asociación que persiga ese fin o utilice ese medio.²⁸⁶

Si la anterior observación se considera oportuna y, en consecuencia, se limita la ilicitud de una asociación al ámbito penal, se podría considerar que tienen carácter ilícito las asociaciones que: *a) tengan por objeto cometer un delito o que promuevan su comisión; b) los grupos y bandas terroristas o paramilitares; c) las que empleen medios violentos para lograr sus objetivos, y d) las que promuevan la discriminación, la xenofobia o el odio racial.*

En México, la jurisprudencia ha señalado que la carga de la prueba para demostrar la ilicitud de una asociación recae en la autoridad:

Si la autoridad responsable no rinde prueba alguna que demuestre que una asociación tiene fines ilícitos, viola la garantía que consagra el artículo 9o. constitucional, si pretende coartar a los integrantes de aquélla, el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, como lo es el puramente recreativo, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXVII, quinta época, segunda sala, p. 2096.

En otro asunto, la Suprema Corte se ha pronunciado sobre los alcances de la libertad de asociación al estudiar la constitucionalidad del artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria que preveía la afiliación obligatoria para cierto género de comerciantes. En su sentencia, la Corte afirma que la esfera de protección derivada del artículo 9o. constitucional puede operar en tres posibles direcciones:

1. Derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente;
2. Derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella; y
3. Derecho de

²⁸⁶ *Derecho de asociación*, cit., p. 112.

no asociarse. Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie; no podrá restringir su derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, ni, tampoco, podrá obligarlo a asociarse. Consecuentemente, el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria al imponer la obligación a los comerciantes e industriales a afiliarse a la Cámara correspondiente, viola la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. constitucional. *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. II, octubre de 1995, p. 5.

Es importante subrayar algo obvio, pero que vale la pena repetir: la libertad de asociación comporta la facultad del sujeto para ingresar a una asociación, pero también supone la posibilidad de salir de ella cuando lo considere oportuno; es decir, la libertad de asociación, para ser tal, nunca debe convertirse en algo obligatorio, ni para efecto del ingreso ni para efecto de la salida de una asociación (a menos que la obligación esté establecida directamente por el texto constitucional, como sucede con los colegios profesionales en España, aunque en este caso lo que es obligatorio es el ingreso, pero no la permanencia, puesto que dichos colegios pueden abandonarse en el momento que se quiera, con la consecuencia, sin embargo, de que ya no se podrá ejercer la actividad profesional que rigen los mismos colegios). La Declaración Universal de 1948 lo establece con meridiana claridad en su artículo 20.2: “Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación”.

La diferentes manifestaciones de la libertad de asociación quedan también muy bien reflejadas en el artículo 2o. de la Ley Orgánica 1/2002 sobre derecho de asociación vigente en España; su contenido, en los párrafos que ahora interesan, establece que:

2. El derecho de asociación comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa.

3. Nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida.

5. La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación.

6. Las entidades públicas podrán ejercitar el derecho de asociación entre sí, o con particulares como medida de fomento y apoyo siempre que lo hagan en igualdad de condiciones con éstos, al objeto de evitar una posición de dominio en el funcionamiento de la asociación.

7. Las asociaciones que persiguen fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

La doctrina española ha llamado la atención sobre las dificultades que en la práctica pueden surgir al momento de intentar ponderar hasta dónde puede llegar la autonomía de las asociaciones frente al mandato de que su organización y funcionamiento interno sean democráticos.²⁸⁷ Su Tribunal Constitucional ha señalado que

La potestad de organización que comprende el derecho de asociación se extiende con toda evidencia a regular en los Estatutos las causas y procedimientos de la expulsión de los socios. La asociación tiene como fundamento la libre voluntad de los socios de unirse y permanecer unidos para cumplir los fines sociales, y quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidos. Y en cuanto la asociación crea no sólo un vínculo jurídico entre los socios, sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos, no puede descartarse que los estatutos puedan establecer como causa de expulsión una conducta que la propia asociación, cuya voluntad se expresa por los Acuerdos de sus órganos rectores, valore como leativa a los intereses sociales [Sentencia 218/1988].

Particularmente grande puede ser esa tensión cuando la asociación de que se trata es un partido político. Al respecto el Tribunal Constitucional español ha señalado lo siguiente:

El precepto constitucional que consagra de modo genérico el principio de democracia interna admite muy diversas concreciones, ya que los modelos de organización partidista democrática que caben dentro del mencionado principio constitucional son muy diversos, tanto como dispares pueden ser, en contenido y en intensidad, los derechos, y en general, el estatuto jurídico que puede atribuirse a los afiliados en orden a garantizar su participación democrática.... el legislador deberá respetar, además naturalmente del contenido esencial del derecho de participación democrática, el contenido de otros derechos como los que éste guarda íntima relación como son el derecho de libre creación y, muy especialmente, el derecho de autoorganización del partido, un derecho, este último, que tiende, precisamente, a preservar la existencia de un ámbito libre de interferencias de los poderes públicos en la organización y funcionamiento interno de los partidos [Sentencia 56/1995].²⁸⁸

En esa misma sentencia, el Tribunal entiende que la democracia interna exige

²⁸⁷ González Pérez y Fernández Farreres, *Derecho de asociación*, cit., pp. 127 y ss.

²⁸⁸ Un análisis detallado de esta sentencia puede verse en Coderch, Pablo Salvador y otros, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 74 y ss.

que los partidos rijan su organización y funcionamiento internos mediante reglas que permitan la participación de los afiliados en la gestión y control de los órganos de gobierno y, en suma... mediante el reconocimiento de unos derechos y atribuciones a los afiliados en orden a conseguir esa participación en la formación de la voluntad del partido.

Sobre la regulación constitucional del derecho de asociación en materia política consistente en la libertad de crear partidos políticos y actuar en su vida interna, existen en México algunas tesis jurisprudenciales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que tienen interés para nuestro tema; entre ellas se pueden citar al menos las siguientes:

DERECHO DE AFILIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. CONTENIDO Y ALCANCES. El derecho de afiliación político-electoral establecido en el artículo 41, fracción I, párrafo segundo, *in fine*, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con lo dispuesto en el artículo 50., párrafos 1 y 3, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, es un derecho fundamental con un contenido normativo más específico que el derecho de asociación en materia política, ya que se refiere expresamente a la prerrogativa de los ciudadanos mexicanos para asociarse libre e individualmente a los partidos políticos y a las agrupaciones políticas, y si bien el derecho de afiliación libre e individual a los partidos podría considerarse como un simple desarrollo del derecho de asociación en materia política, lo cierto es que el derecho de afiliación —en el contexto de un sistema constitucional de partidos como el establecido en el citado artículo 41 constitucional— se ha configurado como un derecho básico con caracteres propios y, por tanto, con mayor especificidad que el derecho de asociación y está garantizado jurisdiccionalmente, mediante el sistema de medios de impugnación en materia electoral previsto en el artículo 41, fracción IV, primer párrafo, *in fine*, en relación con lo dispuesto en el artículo 99, fracción V, de la Constitución federal. Además, el derecho de afiliación comprende no sólo la potestad de formar parte de los partidos políticos y de las asociaciones políticas, sino también la prerrogativa de pertenecer a éstos con todos los derechos inherentes a tal pertenencia; en particular, el derecho fundamental de afiliación político-electoral consagrado constitucionalmente facilita a su titular para afiliarse o no libremente a un determinado partido político, conservar o ratificar su afiliación o, incluso, desafiliarse. Del mismo modo, la libertad de afiliación no es un derecho absoluto, ya que su ejercicio está sujeto a una condicionante consistente en que sólo los ciudadanos mexicanos podrán afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos. Igualmente, si el ejercicio de la libertad de afiliación se realiza a través de los institutos políticos, debe cumplirse con las formas específicas reguladas por el legislador para permitir su intervención en el proceso electoral. Tercera época: Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-117/2001. José Luis Amador Hurtado. 30

de enero de 2002. Mayoría de cinco votos. Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron por que se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-127/2001. Sandra Rosario Ortiz Noyola. 30 de enero de 2002. Mayoría de cinco votos. Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron por que se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-128/2001. Dora Soledad Jácome Miranda. 30 de enero de 2002. Mayoría de cinco votos. Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron por que se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Sala Superior, tesis S3ELJ 24/2002.

DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. BASE DE LA FORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y AGRUPACIONES POLÍTICAS. El derecho de asociación en materia político-electoral es un derecho fundamental consagrado en el artículo 35, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que propicia el pluralismo político y la participación de la ciudadanía en la formación del gobierno. La libertad de asociación, que subyace a ese derecho, constituye una *conditio sine qua non* de todo Estado constitucional democrático de derecho, pues, sin la existencia de este derecho fundamental o la falta de garantías constitucionales que lo tutelen, no sólo se impediría la formación de partidos políticos y de asociaciones de diversos signos ideológicos, sino que el mismo principio constitucional de sufragio universal, establecido en forma expresa en el artículo 41, fracción I, párrafo segundo, de la Constitución federal, quedaría socavado; por lo tanto, el derecho de asociación en materia político-electoral está en la base de la formación de los partidos políticos y asociaciones políticas. Sobre el particular, es necesario dejar establecido que todo ciudadano mexicano tiene derecho a asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; específicamente, es derecho de los ciudadanos mexicanos constituir partidos políticos nacionales y agrupaciones políticas, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 9o.; 35, fracción III; 41, fracciones I, párrafo segundo *in fine*, y IV; y 99, fracción V, de la Constitución Federal, así como 5o., párrafo 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Así, en ejercicio del derecho de asociación en materia político-electoral, los ciudadanos pueden formar partidos políticos y agrupaciones políticas, cumpliendo con los requisitos que se establecen en la ley. El ejercicio de la libertad de asociación en materia política prevista en el artículo 9o. constitucional está sujeta a varias limitaciones y una condicionante: las primeras es-

tán dadas por el hecho de que su ejercicio sea pacífico y con un objeto lícito, mientras que la última circunscribe su realización a los sujetos que tengan la calidad de ciudadanos mexicanos, lo cual es acorde con lo previsto en el artículo 33 de la Constitución Federal. Asimismo, si el ejercicio de esa libertad política se realiza a través de los partidos políticos, debe cumplirse con las formas específicas que se regulen legalmente para permitir su intervención en el proceso electoral. Tercera época: Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-117/2001. José Luis Amador Hurtado. 30 de enero de 2002. Mayoría de cinco votos. Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron por que se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-127/2001. Sandra Rosario Ortiz Noyola. 30 de enero de 2002. Mayoría de cinco votos. Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron por que se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-128/2001. Dora Soledad Jácome Miranda. 30 de enero de 2002. Mayoría de cinco votos. Los magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron por que se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. Sala Superior, tesis S3ELJ 25/2002.

ESTATUTOS DE UN PARTIDO POLÍTICO O DE UNA COALICIÓN. HIPÓTESIS DE IMPUGNACIÓN. El control de la constitucionalidad y legalidad de los estatutos de los partidos políticos o de las coaliciones se ejerce a través de la impugnación de los actos de autoridad que se encuentren vinculados con la regulación estatutaria, en cuanto a su reconocimiento y aplicación, mediante la formulación de los agravios encaminados a la demostración de la ilegalidad o inconstitucionalidad de los dispositivos de normatividad interna que se combatan, siempre y cuando tales procesos se promuevan o interpongan por personas con interés jurídico respecto al acto o resolución concretos de que se trate. De este modo, las hipótesis de impugnación de los estatutos de un partido político o de una coalición pueden ser las siguientes: a) Que la inconstitucionalidad o ilegalidad pretendida, se encontrara en el texto original de los estatutos que se presentaron ante el Instituto Federal Electoral para su aprobación, y que no obstante eso, el Consejo General de dicho instituto haya considerado, expresa o tácitamente, que las normas estatutarias están apegadas a la legalidad y constitucionalidad, y se haya otorgado, en consecuencia, el registro como partido político nacional a la organización solicitante o a la coalición, en términos de los artículos 30

y 31 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. En esta hipótesis, quien tenga interés jurídico, especialmente los demás partidos políticos, en cuanto entes legitimados para deducir acciones para la tutela de intereses difusos o colectivos, puede impugnar el otorgamiento del registro y plantear los vicios de ilegalidad o inconstitucionalidad de los estatutos admitidos; b) Que los vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad atribuidos surjan por alguna modificación posterior a los estatutos, y que al comunicarse al Instituto Federal Electoral haya sido declarada su procedencia constitucional y legal, a que se refiere el artículo 38, apartado 1, inciso 1), del citado código, y c) Que la autoridad electoral emita un acto o resolución electoral, cuyo contenido o sentido reconozca, como base fundamental de sus tentación, a las normas estatutarias que se consideran inconstitucionales o ilegales, o fueran efectos o consecuencias directas de ellas. En estas situaciones, se puede presentar la impugnación contra el primer acto de aplicación que afecte el interés jurídico del promovente, con el objeto de impedir la causación de perjuicios en su interés o de ser restituido en los que se le hayan ocasionado con el acto concreto de aplicación que se reclame destacadamente, y allí se puede argumentar lo conducente contra las normas estatutarias en que se funde el acto o resolución, por lo cual estos razonamientos sólo serán motivo de examen y pronunciamiento cuando puedan constituir el medio idóneo para conceder al peticionario el beneficio o derecho que defiende o evitarle el perjuicio del que se quiere librar, y no cuando se advierta que, aunque el órgano jurisdiccional analice dicha argumentación y la acoja, por considerar inconstitucionales o ilegales los estatutos en cuestión, esto es insuficiente para obsequiar al promovente sus pretensiones, por existir otros motivos legales que se opongan a ello. Debe enfatizarse, desde luego, que en todos los casos deben cumplirse los requisitos que fija la ley, en cuanto a los presupuestos procesales, los requisitos de procedibilidad y admisibilidad, especialmente de legitimación e interés jurídico.

Tercera época: Recurso de apelación. SUP-RAP-036/99. Miguel Ángel Garza Vázquez. 16 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Recurso de apelación. SUP-RAP-003/2000 y acumulados. Coalición Alianza por el Cambio. 16 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Juicio para la protección de los derechos político-electORALES del ciudadano. SUP-JDC-039/2000 y acumulado. Ana Cristina Enríquez Mier. 17 de mayo de 2000. Unanimidad de votos. Sala Superior, tesis S3ELJ 55/2002.

Esta última tesis es muy importante ya que refrenda la idea expuesta de que cierto tipo de asociaciones, por el papel de representación de algún interés público que puedan realizar, tienen una serie de deberes añadidos a los del resto de asociaciones. Es el caso de los partidos políticos, que siendo instrumentos esenciales para el funcionamiento del Estado democrático, deben ellos mismos seguir una serie de pautas internas que permitan a todos los interesados participar en sus trabajos y ejercer una serie de derechos. En este contexto, es obvio que los estatutos de un partido deben reunir una serie de requisitos y lo ha-

ce la tesis transcrita del Tribunal Electoral es corroborar la idea de que si tales requisitos no se cumplen, la jurisdicción electoral debe estar en posibilidad de conocer de las impugnaciones correspondientes, que pueden ser ejercidas por los interesados o incluso por la autoridad administrativa electoral (el Instituto Federal Electoral o los institutos electorales locales, en su caso).

La organización interna de las asociaciones y los efectos horizontales del derecho de asociación

La intervención de los poderes públicos sobre las formas de organización interna de las asociaciones es uno de los puntos centrales de debate en torno a la libertad de asociación. No hay un modelo único de organización y, como principio general, debe prevalecer la más amplia libertad para quienes quieran conformar una asociación, a menos que se den algunas circunstancias excepcionales.

Por ejemplo, las asociaciones deben necesariamente tener un funcionamiento interno democrático cuando el ingreso en las mismas es un requisito para ejercer algún derecho fundamental; tal sería el caso, que ya se ha mencionado, de los partidos políticos, pero también estaríamos en el mismo supuesto tratándose de los colegios u organizaciones profesionales,²⁸⁹ si es que la ley impone como requisito para ejercer determinada profesión la pertenencia a dichos órganos colegiados.

En los casos que se acaban de referir, la libertad de organización interna cede en virtud de que se trata de instituciones que representan un interés no meramente particular, sino de carácter social y que llevan ese interés ante los órganos del poder público, lo que hace que requieran de un estatuto jurídico particular.²⁹⁰

También en ese supuesto se encuentran, en algunos países y habría que discutir si también en México, las federaciones deportivas que regulan alguna actividad deportiva profesional, así como las asociaciones que tienen por objeto la representación de algún interés social. En este último caso, se entiende que las asociaciones deben tener condiciones flexibles de ingreso, dado que “quien pretende asumir la condición de portavoz, ante las instancias públicas y en las

²⁸⁹ Al respecto, ver artículo 36 *in fine* de la Constitución española. Sobre la posibilidad de que el requisito del funcionamiento democrático interno se pueda extender o no a todas las asociaciones, ver Elvira, Ascensión, “Asociaciones y democracia interna”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I, pp. 607 y ss.

²⁹⁰ Coderch, Pablo Salvador y otros, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, cit.*, p. 21.

relaciones sociales, de los intereses de un cierto colectivo de personas, debe permitir que confluyan a la formación de la voluntad del grupo todas las corrientes de opinión que se generen dentro del círculo de aquellos a los que se dice querer representar”.²⁹¹

El derecho de asociación puede tener efectos, como es natural, frente a las autoridades, por ejemplo al limitar la posibilidad de que las mismas puedan disolver una asociación, de que le impongan decisiones tomadas por órganos externos o de que no le permitan a una persona formar parte de una organización, etcétera. Pero también puede, en determinadas circunstancias, tener efectos frente a particulares, es decir, dar lugar a la *drittewirkung der grundrechte*.

Hay dos circunstancias concretas en que los efectos horizontales de la libertad de asociación pueden presentarse:

1. La primera se da cuando se incumplen los estatutos de la propia asociación; en este supuesto, uno o varios de sus miembros ven vulnerada su libertad de asociación. Dentro del alcance de dicha libertad se encuentra el hecho de que “quienes ingresan en una asociación, quienes lo pretenden y quienes desean permanecer en ella tienen derecho a que las reglas del juego en el que aceptan o aceptaron participar se cumplan hasta el final”;²⁹²
2. La segunda se puede presentar cuando la asociación detenta una posición de monopolio dentro de una comunidad determinada;²⁹³ en el ámbito del derecho de asociación el concepto de monopolio es difícil de delimitar y no puede transportarse mecánicamente desde la teoría económica, pero la idea que contiene es la de que si se trata de la única asociación que existe en una comunidad para realizar X o Y actividad, entonces la libertad de configuración de su organización interna debe ceder para asegurar un mínimo de condiciones razonables; por ejemplo en cuanto a los requisitos de ingreso, los cuales no podrán ser discriminatorios.

Por lo que respecta a la posibilidad de utilizar algún criterio discriminatorio al momento de aceptar nuevos miembros dentro de una asociación, hay que decir que dicha posibilidad debe ser objeto de un escrutinio estricto por parte de los tribunales si se llega a presentar; a menos que se pruebe que existe un interés ineludible, que pone en riesgo la existencia misma de la asociación, no pueden esgrimirse criterios discriminatorios para impedir el ingreso de alguna persona en una asociación.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 108.

²⁹² Coderch, Pablo Salvador, “Introducción”, *cit.*, p. 18.

²⁹³ *Ibidem*, pp. 18 y 103 y ss.

Este caso se presenta, por mencionar dos ejemplos, cuando se trata del único club deportivo que tiene una pileta de natación en la comunidad, o si se trata de la única academia en la que se puede obtener la licencia para ser piloto aviador. En estos casos no se podría prohibir por medio de disposiciones estatutarias internas el ingreso a las mujeres, por citar un supuesto que ha tenido que ser decidido por algunos tribunales constitucionales. El mismo razonamiento se ha aplicado a los llamados “clubs privados” en los Estados Unidos, que solamente admitían como socios a hombres.²⁹⁴

En algunos casos particulares, se ha admitido que también están sujetas a los mismos límites las asociaciones que, sin ser monopólicas, tengan una posición dominante dentro de un ámbito social o económico determinado.²⁹⁵

XI. LIBERTAD DE TRÁNSITO Y DE RESIDENCIA (ARTÍCULO 11)

El artículo 11 constitucional contiene en general la libertad de tránsito, dentro de la cual se incluyen cuatro libertades específicas: la libertad de entrar en la República; la libertad de salir de ella; la libertad de viajar por su territorio y la libertad de mudar de residencia. Su texto es el siguiente:

Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

1. *Libertad de tránsito*

Las cuatro libertades mencionadas por el artículo 11 de la Constitución no podrán supeditarse al requisito de contar con carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otro semejante, cuestión que sin duda es violada cotidianamente en nuestro país, pues tanto para entrar como para salir del territorio nacional se exige cuando menos el pasaporte, tanto a nacionales como a extranjeros (y eso

²⁹⁴ A partir de importantes sentencias de la Suprema Corte, por ejemplo en el caso *New York State Club Association vs. City of New York*, resuelto por unanimidad de votos en junio de 1988, siguiendo el criterio ya establecido en la sentencia *Roberts vs. U.S. Jaycees* fallado en 1984. El criterio de la Corte se aplica a las asociaciones que no sean “estrictamente privadas” (por tales se entienden las que no ofrezcan servicios al público); no se aplica, sin embargo, a las corporaciones religiosas.

²⁹⁵ Coderch, Pablo Salvador, “Introducción”, *cit.*, p. 105.

a pesar de que la protección del artículo 11 constitucional alcanza tanto a unos como a otros, puesto que universaliza la libertad de tránsito al hablar de “todo hombre”).

Desde luego que la exigencia de que se cuente con pasaporte es una práctica internacionalmente reconocida y que resulta además perfectamente razonable, pero sucede que la Constitución es clara al respecto; quizás se podría pensar en reformarla en este punto.

Aunque la jurisprudencia que haya realizado interpretaciones del artículo 11 constitucional no es muy abundante, cabe mencionar una tesis de acuerdo con la cual la libertad de tránsito debe entenderse como libertad para los desplazamientos estrictamente corporales, sin que la protección del artículo 11 pueda extenderse a algún medio de locomoción; la tesis a la que se hace referencia fue dictada al resolver algunos amparos que se promovieron contra las medidas implantadas en la ciudad de México a través de las cuales se impedía que uno o dos días a la semana circularan determinados vehículos automotores, dependiendo de la terminación de sus placas de circulación (se trata de los programas conocidos con el nombre de “Hoy no circula”). En dicha jurisprudencia, el pleno de la Corte afirma lo siguiente:

La garantía individual que consagra la norma constitucional supracitada [se refiere al artículo 11] no consiste en el derecho al libre tránsito en automóvil, sino en el derecho que tiene “todo hombre”, es decir, toda persona en cuanto ente individual, para entrar, salir viajar y mudar su residencia en la República sin que para ello requiera de documentación alguna que así lo autorice, pero siempre refiriéndose al desplazamiento o movilización del individuo, sin hacer alusión en lo absoluto al medio de transporte, por tanto, ha de considerarse que la garantía de libre tránsito protege al individuo únicamente, no a los objetos o bienes en general, del mismo. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, pleno, t. III, febrero de 1996, p. 173.

En sentido parecido, un tribunal colegiado ha sostenido el siguiente criterio:

GARANTÍA DE LIBRE TRÁNSITO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO SE VULNERA CON EL EMBARGO PRECAUTORIO DE VEHÍCULO AUTOMOTOR. La garantía de libertad de tránsito que se prevé en el artículo 11 constitucional comprende el derecho que goza todo individuo para desplazarse por el territorio nacional, sin necesidad de autorización o permiso previo de la autoridad, pasaporte o salvoconducto, carta de seguridad o cualquier otro requisito semejante; así como la libertad para entrar y salir del país, sin autorización o permiso previo, no puede estimarse transgredida, por el hecho de que la autoridad fiscal haya ordenado y efectuado el embargo precautorio sobre el

vehículo automotor que defiende el quejoso, en virtud de que con dicho embargo no se restringe la garantía de libre tránsito. Novena época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, enero de 2002, tesis II.3o.A.3 A, p. 1293.

Desde mi punto de vista, la Corte en la tesis transcrita podía haber llegado a la misma solución por medio de una argumentación menos “literalista” y restrictiva del derecho de libre circulación. Así, por ejemplo, se podría haber dicho que el programa de restricción a la circulación vehicular protegía otros bienes de rango constitucional, como el derecho a un medio ambiente adecuado; también se podría haber utilizado el argumento del “uso social” que se le debe dar a la propiedad, de forma que el uso que hagamos de ella debe tener en cuenta otros intereses sociales, entre los que se puede encontrar el tener un entorno ambiental no contaminado.

Como quiera que sea, la tesis que se ha transcrita nos sitúa ante un absurdo, pues no otra cosa es el hecho de que se entienda que la libertad de tránsito consiste en caminar a donde se quiera, sin poder utilizar para ejercer ese derecho ningún “objeto” o medio de transporte. Por el contrario, la interpretación de los derechos debe atender siempre a los medios para que se puedan hacer efectivos en la práctica.

La tesis que se comenta es tan ilógica como lo sería una que dijera que el derecho a decidir libremente el espaciamiento de los hijos debe hacerse sin tener acceso a métodos anticonceptivos (con lo cual el derecho sería prácticamente una declaración retórica); o decir que la libertad de expresión consiste solamente en la posibilidad de hablar en el desierto, ya que en su ejercicio no están protegidos los medios para hacer llegar nuestras expresiones a los demás.

Es obvio que el ejercicio concreto de los derechos requiere de la utilización de una serie de objetos exteriores al cuerpo humano sin los cuales el derecho se nulifica; la posibilidad de transitar libremente por toda la República se reduce a nada (o cuando más a unos cuantos kilómetros), si para ejercerlo no contamos con medios de transporte que efectivamente nos lleven de un lugar a otro.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer, como lo hace una parte de la doctrina, que la libertad de circulación “tiene por objeto las personas, no las cosas, y por tanto tiene un régimen jurídico diferente al de la libre circulación de mercancías o al de la libre circulación de capitales”;²⁹⁶ ahora bien, “régimen jurídico diferente” significa simplemente que son distintas las reglas jurídicas a

²⁹⁶ Bastida Freijedo, Francisco, “Libertad de circulación”, en Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III, p. 153.

las que se puede someter la circulación de una persona y aquellas otras que inciden en la circulación de bienes en general.

Por ejemplo, dentro del régimen jurídico de la circulación, las autoridades pueden perfectamente regular los requisitos que deben reunir los transportes públicos o privados, de la misma forma que pueden imponer modalidades al tránsito automotor (por ejemplo en el sentido de que cierto tipo de vehículos no pueda transitar por determinadas calles o por ciertos barrios); todo ello sería válido a la luz del contenido del artículo 11.

En los hechos, si nos atenemos al criterio de la Corte, los habitantes del centro de la República tendrían nulificado en la práctica el derecho a salir del país, pues las respectivas fronteras de encuentran a miles de kilómetros de donde viven, distancia que es casi imposible de recorrer, al menos para personas normales y corrientes.

La Corte, en la tesis que se está comentando, parece entender a la libertad de circulación como *libertad negativa*, en el sentido que se ha explicado en el primer apartado de este capítulo, es decir, como ausencia de impedimentos o de constricciones, olvidando el concepto de *libertad positiva* o de *libertad como no sujeción*, que defienden entre otros los pensadores neorrepUBLICANOS.

En este punto, hay que recordar que, como lo señala Germán Bidart,

la *libertad* no es, entonces únicamente una *libertad “de”*, sino además una *libertad “para”*; no es sólo la libertad de impedimentos, obstáculos, intrusiones, violaciones, interferencias u obstrucciones, sino también la libertad *real y efectiva* que coloca al ser humano en disponibilidad para elegir, optar, acceder al disfrute pleno de sus derechos; de todos sus derechos...²⁹⁷

Otros criterios jurisprudenciales sobre el artículo 11 constitucional son los siguientes:

ARRAIGO, ORDEN DE. NO AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL. La orden jurisdiccional de arraigo que contempla el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República. Novena época, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Seminarío Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, enero de 1999, tesis I.1.o.P. J/12, p. 610.

²⁹⁷ Bidart Campos, Germán J., *La Constitución económica*, Querétaro, Fundap, 2003, p. 49.

Este criterio jurisprudencial es también lamentable, ya que legitima una práctica que sin duda alguna vulnera derechos fundamentales, aunque tenga como fundamento el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales. De hecho, el uso del arraigo ha sido objeto incluso de observaciones por parte del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que realizó una visita a México a finales de 2002.²⁹⁸

ADUANAS, INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN A LOS TRABAJADORES DE LAS, PARA QUE SALGAN DEL PAÍS. De acuerdo con el artículo 11 de nuestra Constitución, toda persona tiene derecho para entrar a la República, salir de ella, viajar por su territorio, mudar su residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. Ahora bien, si la Dirección General de Aduanas, por medio de una circular pretende, fundándose en la fracción I del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Federación, establecer como requisito previo, para que empleados de la aduana de Nuevo Laredo, puedan entrar y salir de esa población y del territorio nacional, un permiso especial, debe concluirse que jurídicamente no basta esa simple circular, para fundar tal restricción de libertad, sino que es menester la existencia de una disposición legal, que no puede ser dicha fracción I de aquel artículo 42, ya que esta disposición de ninguna manera faculta a las autoridades correspondientes para que intervengan en actos de los trabajadores, ajenos al servicio que están obligados a prestar al Estado. Además, esta última disposición supone la existencia de una norma legal reglamentaria, que quizás por no existir, no ha sido invocada en el caso, única situación en la que podría tener fundamento legal la susodicha circular. Por tanto, la prohibición a los empleados para entrar y salir del territorio nacional, y el requisito de exigirles un permiso previo y especial para que puedan entrar y salir de la población dicha y del territorio nacional, significa una extralimitación de la Dirección General de Aduanas, ya que los afecta restringiendo sus actividades, ya no dentro del tiempo que están obligados a desempeñar las funciones y deberes inherentes a su cometido, sino en actos y momentos ajenos al servicio; por lo que al solicitar el amparo de la justicia federal, éste debe concedérsele, sin que tal concesión sea óbice ni prejuzgue tampoco el derecho que asiste a las autoridades fiscales o administrativas, de la aduana de Nuevo Laredo, para que establezcan las disposiciones legales adecuadas para reglamentar las labores de esa dependencia gubernativa. Tesis aislada, *Semáforo Judicial de la Federación*, t. LXIX, quinta época, segunda sala, p. 4867.

²⁹⁸ El correspondiente informe se puede encontrar en el documento E/CN.4/2003/8/add.3.

2. Los límites a la libertad de tránsito y las detenciones arbitrarias

En relación con la libertad de tránsito, que comprende la posibilidad que tienen todas las personas de entrar y salir del país, así como la de desplazarse libremente por el territorio del mismo, es oportuno preguntarse de qué forma y bajo qué circunstancias concretas puede verse limitada. A reserva de que debamos atender a la regulación de las figuras de la detención, la retención y la privación de libertad bajo las modalidades y requisitos establecidos por el artículo 16 constitucional, en principio puede decirse que una injustificada interrupción de la libertad de desplazamiento puede considerarse una violación a la libertad de tránsito.

Hay que recordar que, en términos del artículo 11 constitucional, las limitaciones a la libertad de tránsito corresponde aplicarlas solamente a la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad civil o penal según lo que al respecto establezca el legislador, y a la autoridad administrativa, pero solamente conforme a lo que dispongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República. Fuera de esos supuestos, la limitación a la libertad de desplazamiento no tiene fundamento constitucional. Sin embargo, en la realidad cotidiana de México, se presentan varios casos que son violatorios de la libertad de tránsito y que merecen por tanto ser tenidos en cuenta como vulneraciones del artículo 11 constitucional. Por ejemplo, es común que en las carreteras mexicanas o en algunas ciudades se ubiquen los llamados “retenes”, que son puestos de inspección y revisión en los que las autoridades militares o civiles (ya sean policías federales o locales, de tránsito o ministeriales) detienen un vehículo particular o de transporte público, hacen descender a sus tripulantes y revisan el interior del vehículo llegando incluso hasta el extremo de practicar revisiones corporales a las personas; en algunos casos se practican pruebas de medición de aliento etílico.

Por ser un fenómeno que no es aislado y que conlleva un alto riesgo de violación de derechos fundamentales conviene detenerse en el estudio de su constitucionalidad y, particularmente, en su posible interferencia en el ejercicio de la libertad de tránsito del artículo 11 constitucional.

En primer término, lo que resulta del todo obvio es que las detenciones practicadas por el Ejército son completamente inconstitucionales a la luz de lo dispuesto por el artículo 129 constitucional, de acuerdo con el que “En tiempos de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”. A pesar de la muy “creativa” inter-

pretación que ha tenido este precepto por parte de la Suprema Corte,²⁹⁹ su contenido es inequívoco y hace inconstitucional cualquier intervención de los militares sobre los civiles, incluyendo desde luego las interferencias de la libertad de tránsito practicadas a través de los puntos de revisión conocidos como “retenes”. En consecuencia, el solo hecho de que una detención sea practicada por una autoridad militar viola el artículo 129 constitucional, además de que —según lo que enseguida se dirá— pueda también violar el artículo 11.

Un asunto diferente es el que se suscita con motivo de la intervención de autoridades civiles en los retenes (normalmente se trata de diferentes corporaciones de policía, de cualquiera de los distintos niveles de gobierno). Desde mi punto de vista, su instalación y puesta en práctica también violenta varios derechos fundamentales, por las siguientes consideraciones:

a) Las autoridades al ordenar la detención del vehículo emiten un acto de molestia verbal, cuando el artículo 16 constitucional exige que ese tipo de actos sean escritos; como se verá con detenimiento en el capítulo cuarto, la jurisprudencia mexicana ha sostenido que los actos de autoridad de carácter verbal son en sí mismos inconstitucionales;

b) Al detener la circulación de vehículos y personas, vulneran el contenido del artículo 11 constitucional en la medida en que no permiten el *libre desplazamiento* por el territorio nacional, y por no encontrarse dentro de los supuestos de excepción que establece el mismo artículo 11;

c) Al permitir un ejercicio arbitrario por parte de la autoridad (en el sentido de que no está sujeto a reglas claramente establecidas que especifiquen los supuestos y formas en que se pueden llevar a cabo), las detenciones contrarias a la libre circulación violan la garantía de motivación de los actos del poder público, también establecida en el artículo 16 constitucional;

d) Los actos realizados en los retenes violan la presunción de inocencia, conforme a la cual —entre otras cuestiones— ninguna persona puede ser molestada ni mucho menos detenida a menos que la autoridad tenga indicios concretos de que ha cometido, pueda cometer o esté en un momento determinado cometiendo un delito.

²⁹⁹ Al respecto, Carbonell, Miguel, “El rol de las fuerzas armadas en la Constitución mexicana”, *Ius et Praxis*, Talca, Chile, año 8, núm. 1, 2002, pp. 35-51; *id.*, “Fuerzas armadas y Constitución: el caso de México”, *Vínculo Jurídico*, Zacatecas, núm. 53, enero-marzo de 2003, pp. 37-46.

Por la ya mencionada gravedad del tema, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha tenido que dedicar su Recomendación General 2/2001 al tema de la práctica de las detenciones arbitrarias.³⁰⁰

En su Recomendación, la CNDH precisa que “las detenciones arbitrarias constituyen una práctica común de los agentes de la Policía Judicial y de los elementos que integran los diversos cuerpos policiacos”; también señala que

la práctica recurrente de las quejas que se reciben consiste en que los agraviados fueron detenidos por dichos agentes, cuando estos últimos efectuaban recorridos de “revisión y vigilancia rutinarios” en aras de salvaguardar la seguridad pública y detectar la comisión de algún ilícito o bien, porque habían recibido en la guardia de agentes denuncias “anónimas”, siendo que al atenderlas, “casualmente”, los agraviados fueron encontrados en “actitud sospechosa” y/o “marcado nerviosismo”, además de que, en todos los casos, los elementos de la Policía Judicial dijeron haber solicitado a los agraviados que se les permitiera efectuarles una “revisión de rutina”, quienes accedieron de “manera voluntaria”.

En sus conclusiones la Comisión establece que

ni los agentes de la Policía Judicial Federal, del fuero común o sus equivalentes, ni los agentes del Ministerio Público pueden, bajo ningún concepto, instrumentar operativos preventivos (“revisión y vigilancia”), ya que dicha actividad rebasa el ámbito de su competencia [y que] no obstante que las autoridades de la policía preventiva tengan precisamente dichas facultades (prevención del delito), esto tampoco les permite detener a persona alguna por encontrarse en “actitud sospechosa” y/o “marcado nerviosismo”; siendo que tienen el deber de proteger los derechos y garantías fundamentales de las personas.

Es importante señalar que, en el criterio de la Comisión, no importa que de la detención ilegal y arbitraria o de la revisión que efectúen los policías, se desprenda que la persona está en posesión de algún elemento del delito (por ejemplo alguna sustancia sicológica), ya que la vulneración de sus derechos se da desde el momento de la detención; la Recomendación General que se comenta menciona que “En este contexto resulta irrelevante si, como consecuencia de la revisión corporal, los agentes de la Policía Judicial encuentran o no algún objeto del delito, pues la trasgresión a los derechos fundamentales y a las garantías constitucionales enunciadas, se consumó cuando se dio la detención sin fundamento legal”.

³⁰⁰ Para el análisis teórico del tema conviene remitir al muy completo trabajo de Casal Hernández, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.

Aunque la Recomendación General se refiere a cualquier tipo de detenciones arbitrarias, es obvio que resulta completamente aplicable a las que se practican en los retenes o puestos de revisión carreteros.

Por otro lado y de forma estrechamente relacionada con lo que se acaba de señalar, el tema de la libertad de tránsito y su vulneración a través de las detenciones arbitrarias en México ha sido objeto de un interesante informe rendido ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU; se trata del “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México”, de fecha 17 de diciembre de 2002.³⁰¹

En su informe el grupo de trabajo constata que las detenciones arbitrarias son “una de las principales violaciones de los derechos humanos” en México, hasta el grado de que, según la Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal, una de cada diez detenciones realizadas por las autoridades es arbitrarria. En parte, las detenciones arbitrarias se permiten, entre otras cuestiones, porque “la presunción de inocencia que no está expresamente establecida en la legislación” y por la figura de la llamada “flagrancia equiparada”, “que otorga una suerte de ‘cheque en blanco’ para detener a las personas”. Por todo ello el informe concluye que “La situación de impunidad de numerosos agentes en cuanto a las detenciones arbitrarias es algo no superado”.

El informe se detiene en el trato que el gobierno mexicano da a los migrantes de otros países que se encuentran en situación irregular. Sobre el punto se afirma, por lo que hace a la estación migratoria que el gobierno tiene en la delegación Iztapalapa de la ciudad de México, que

Los ciudadanos de países latinoamericanos suelen permanecer en la estación migratoria algunas semanas antes de ser devueltos a sus países de origen. La permanencia de nacionales de países de otras regiones suele ser más larga; algunos se encontraban allí desde hacía tres o cuatro meses por problemas logísticos, y, en el caso de ciertas nacionalidades, por la ausencia de representación consular o diplomática en México, especialmente para determinar la verdadera nacionalidad.

Con respecto al cuarto de detención de inmigrantes irregulares que existe en las instalaciones del Aeropuerto de la Ciudad de México, el informe sostiene que “el Grupo de Trabajo pudo constatar que esta estación migratoria, más parecida a una sala de espera de un aeropuerto, es inadecuada para una permanencia mayor de un día, dadas las insuficiencias detectadas en las instalaciones: ausencia de camas o literas, duchas, cocinas, comedores, etcétera”.

³⁰¹ Figura en el documento E/CN.4/2003/8/Add.3

El informe se refiere también a los ya mencionados “retenes” u operativos de inspección carretera. Luego de citar la Recomendación General 2/2001 de la CNDH el Grupo de Trabajo sostiene que tales operativos “no tienen una base legal clara o precisa y favorecen las detenciones arbitrarias”. En los retenes que tienen presencia militar se verificó que el personal no está identificado —aparte del puro uniforme militar— y además los camiones en que se transporta no tienen placas.

Otra cuestión que también se aborda en el informe es la que tiene que ver con el arraigo domiciliario, que puede verse como una restricción a la libertad de tránsito, pero también como una violación de las reglas que para la detención establece el artículo 16 constitucional.

Aparte de lo peligrosas que son las detenciones arbitrarias, lo que más preocupa al Grupo de Trabajo es la impunidad para los responsables; en el informe se afirma que

Existe una impunidad notoria con relación a algunos responsables de las detenciones arbitrarias. Muchos mecanismos de control no gozan todavía de una independencia suficiente al estar supeditados jerárquicamente a la autoridad administrativa y por tanto no tener la credibilidad necesaria, además de ser toleradas algunas prácticas por los superiores. Un gran número de personas son presentadas ante tribunales habiendo sido detenidas arbitrariamente y sus casos pueden ser conocidos, mientras que otro número igual o quizás mayor son puestos en libertad luego de haberseles detenido fuera de los supuestos legales permitidos, sin haber tenido acceso a un juez. Este segundo grupo de personas no siempre denuncia, aunque el Grupo de Trabajo ha conocido diferentes casos en que, después de las denuncias presentadas, no se ha investigado ni castigado a los agentes por este tipo de violaciones.

En cuanto a los límites constitucionales a la libertad de tránsito, contemplados en el artículo 11 de la Carta Magna, hay que mencionar que en relación a cuestiones de salubridad, la propia Constitución faculta al Consejo de Salubridad General para dictar medidas generales de carácter preventivo en caso de epidemias graves o cuando exista peligro de invasión de enfermedades exóticas (artículo 73 fracción XVI).

3. La libertad de tránsito y circulación en el derecho internacional de los derechos humanos

Un precepto que, dentro del derecho internacional de los derechos humanos, contiene prerrogativas parecidas a las del artículo 11 de la Constitución mexi-

cana es el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto es el siguiente:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Este precepto ha sido objeto de análisis en una importante Observación General del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se precisan y detallan algunos de los extremos que pueden desprenderse del texto que se ha transcritto.³⁰² Vale la pena detenernos en su estudio.

El Comité precisa, en primer lugar, que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional es un tema que los Estados pueden y deben regular en su derecho interno, respetando siempre las obligaciones internacionales que tienen suscritas (por ejemplo, los Estados deben respetar, en la definición que hagan dentro de su derecho interno, el principio de no discriminación por razón de sexo o por razón de raza). Pero dicha regulación puede afectar solamente a los extranjeros, pues a los nacionales de un Estado no se les puede considerar “ilegales” dentro de su propio territorio.

La situación de “ilegalidad” de un extranjero puede ser convalidada y, si así sucede, ya no podrá considerarse irregular su estancia por haber sido originalmente ilegal, ya que, en palabras del Comité, “se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 [del Pacto]” (párrafo 4).

Cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12 debe ser cuidadosamente circunstanciado, y los Estados, en los informes que rinden ante el Comité, deben justificar esas diferencias de trato. Podríamos decir que cualquier diferencia de trato es, en sí misma, sospechosa, y que la carga de la prueba para justificarla recae en el Estado que la aplica.

³⁰² Se trata de la Observación General núm. 27, aprobada en el 67º periodo de sesiones del Comité en 1999, consultable en Carbonell, Miguel y otros, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 462-468.

La estructura federal de un Estado no impide que los derechos del artículo 12 del Pacto se apliquen a todo su territorio, señala el Comité, de forma que las personas podrán desplazarse por todas las partes de los Estados federales o regionales.

Para ejercer su derecho a la libre circulación una persona no debe aportar ningún motivo o razón específicos, pues basta su voluntad de trasladarse o de quedarse en un lugar para caer en el supuesto de protección del artículo 12. Esto significa que las autoridades no pueden condicionar un desplazamiento o un no desplazamiento a que se justifiquen determinadas razones, fines u objetivos (párrafo 5).

Los derechos del artículo 12 deben prevalecer no solamente frente a las autoridades u órganos del Estado, sino también frente a particulares. Por ejemplo, los Estados parte deben vigilar que no se les impida a las mujeres ejercer la libertad de tránsito o residencia, y que dicho ejercicio no esté condicionado al consentimiento o permiso de algún familiar, como puede ser el marido o el padre (párrafo 6).

En relación con la libertad de salir de cualquier país, incluido el propio, que preserva el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, el Comité señala que dicha libertad no puede condicionarse a algún fin u objetivo concreto, ni tampoco a algún plazo durante el que un individuo decida permanecer fuera del país. En dicho párrafo se encuentra contenida la libertad del individuo para determinar el país de destino, lo cual se aplica también a todo extranjero que sea expulsado legalmente, el cual puede elegir con libertad el país de destino, siempre que cuente con el acuerdo de este último Estado (párrafo 8).

Para hacer efectivo el derecho a salir de un país, debe entenderse que sus autoridades están obligadas a expedir los documentos necesarios para viajar y entrar en otro país, como puede ser el pasaporte. Los derechos del artículo 12 del Pacto se violan si un Estado se niega a expedirle a uno de sus nacionales un pasaporte o si se niega a prorrogar la validez de ese documento (párrafo 9).

Por lo que hace a las restricciones establecidas en el párrafo 3 del artículo 12 del Pacto, el Comité, en la Observación General que se está comentando, hace importantes consideraciones, muchas de las cuales se podrían aplicar a los demás derechos, pues forman parte de una especie de teoría general de las restricciones de los derechos. Por ejemplo, el Comité sostiene, con base en el texto expreso del artículo 12, que las restricciones deben estar contenidas en una ley, constituyendo de esa forma una “reserva de ley” que prohíbe la creación de restricciones en otro tipo de normas (párrafo 11).

Por otra parte, el Comité señala que “las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho”, haciendo eco de la conocida teoría del “contenido

esencial” de los derechos fundamentales. Para el Comité, “no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación” (párrafo 13).

Las medidas restrictivas deben ser proporcionales, señala el Comité, utilizando uno de los criterios más conocidos para considerar la adecuación de los límites a los derechos fundamentales con respecto a los textos que establecen esos derechos. En palabras del Comité, “Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse” (párrafo 14). Por ejemplo, entraría dentro de las restricciones razonables una orden que impidiera el acceso y tránsito por instalaciones militares por motivos de seguridad nacional, o si se limitara la libertad de residencia en zonas habitadas por comunidades indígenas o minorías nacionales (párrafo 16).

El Comité identifica varias conductas de las autoridades estatales como claramente violatorias del artículo 12 del Pacto (párrafo 17); se trata de un elenco de la mayor importancia, pues contiene indicaciones prácticas para ayudarnos a precisar en qué momento nos encontramos ante situaciones que vulneran los derechos de libre circulación y libre residencia.

Para el Comité, entre tales conductas se encuentran las siguientes:

- Cuando se niega el acceso de los solicitantes a las autoridades competentes.
- Cuando se impide el conocimiento de los requisitos necesarios para ejercer algunos de los derechos del artículo 12.
- Cuando se crea la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud del pasaporte.
- Cuando se hacen necesarios certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo a la solicitud.
- Cuando se requiere la descripción exacta del itinerario.
- Cuando la expedición de pasaportes se condiciona al previo pago de tasas elevadas, que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración.
- Las demoras injustificadas en la expedición de los documentos de viaje.
- Las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia.

- El requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta.
- El requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él.
- El hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo a través de la intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de los hijos de la escuela o la universidad.
- La negativa a expedir el pasaporte con el argumento de que el solicitante perjudica el buen nombre del país.

Por lo que hace al derecho a entrar en el propio país, contemplado en el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto, el Comité señala que ese derecho también le es aplicable a quien por primera vez quiere entrar en su país, si ha nacido fuera de él. De particular importancia es el derecho a volver al propio país, sobre todo para quienes han salido de él con el carácter de refugiados (párrafo 19).

El Comité hace una interesante distinción entre el concepto literal de “propio país” y la noción más restringido de “país de su nacionalidad”, en los siguientes términos:

El alcance de la expresión “su propio país” es más amplio que el de “país de su nacionalidad”. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Éste sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega.

Esta parte de la Observación General número 27 es muy importante, puesto que impone el derecho a entrar al propio país frente a la eventual conducta de un Estado que quiera desposeer de su nacionalidad a una o varias personas; con este criterio se levanta un dique a actos arbitrarios que por desgracia han sucedido con alguna frecuencia en el pasado reciente. Esto constituye un ejemplo, de entre los muchos que se podrían poner, de cómo el derecho internacional puede ser a la vez derecho nacional, en el sentido de que su radio de acción no se limita a las relaciones internacionales, sino que también puede regular relaciones jurídicas al interior de los Estados; por ejemplo, en la materia que nos ocupa, reconociendo derechos de las personas que se pueden oponer, en el plano interno, a las autoridades del Estado del que esa persona es nacional.

El derecho a entrar en el propio país, en el acertado criterio del Comité, es prácticamente ilimitable, pues en sus propias palabras, “hay pocas circunstancias, si es que hay alguna, en que la privación del derecho a entrar en su propio país puede ser razonable. Un Estado parte no debe impedir arbitrariamente a una persona el regreso a su propio país por la vía de despojarla de su nacionalidad o de expulsarla a un tercer país” (párrafo 21).

Aparte de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otros instrumentos sectoriales de derecho internacional de los derechos humanos hacen referencia a la libertad de tránsito y de residencia. Uno especialmente importante por razón de su objeto y de la actualidad que ha cobrado en los últimos años a raíz de las migraciones masivas, es la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 10 hace referencia a la obligación que tienen los Estados partes (entre los que se encuentra México, desde luego) de facilitar la entrada o salida del país a los padres de los menores o a los propios menores para conseguir la “reagrupación familiar”; este concepto es de la mayor importancia, pues uno de los derechos fundamentales de todos los menores de edad es a mantenerse en contacto con sus progenitores.³⁰³

El texto del mencionado artículo 10 es el siguiente:

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9o., toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin.... los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

³⁰³ El artículo 9o. de la Convención de los Derechos del Niño es muy claro al establecer el principio general de que: “1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos....”.

Sobre el mismo tema de la “reagrupación familiar”, hay que tener en cuenta que el artículo 50., apartado 4, de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 1985, dispone que “Con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él”.

La reagrupación familiar debe facilitarse por parte de los Estados especialmente en el caso de los refugiados; al respecto, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR), ha señalado que “En aplicación del principio de unidad de la familia, y por razones humanitarias obvias, es preciso hacer todo lo posible para reunificar a las familias separadas de refugiados”; dicha reunificación se deberá producir “con la menor demora posible”; “Al decidir sobre la reunificación de la familias, la ausencia de prueba documental de la validez formal del matrimonio o de la filiación de los hijos no debe considerarse impedimento *per se*”.³⁰⁴

4. La libertad de tránsito y el artículo 33 constitucional

Por desgracia, en México tenemos un precepto constitucional que es claramente contrario a las disposiciones del artículo 12 del Pacto que acabamos de estudiar, y que también viola otras muchas declaraciones internacionales de derechos humanos; se trata del artículo 33 cuyo infortunado texto establece:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Los términos en que está redactado este artículo generan grandes márgenes de arbitrariedad, ya que impiden que un extranjero que se encuentre en México

³⁰⁴ Los entrecomillados provienen de las Conclusiones Generales del Comité Ejecutivo de la ACNUR sobre la protección internacional de los refugiados, núm. 24, adoptada en el 32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo, en 1981; el texto puede consultarse en *Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a refugiados, derechos humanos y temas conexos*, t. IV (Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR 1975-2000), México, CNDH, UIA, UNHCR-ACNUR, 2002, pp. 82 y 83.

pueda tener acceso a una defensa completa, por virtud de la facultad del presidente de la República de hacerle abandonar el territorio nacional “sin necesidad de juicio previo”; por otro lado, la razón por la que dicha expulsión se puede llevar a cabo es casi imposible de ser sometida a algún tipo de control y verificación: el juicio del presidente sobre la “inconveniencia” del extranjero en territorio mexicano. ¿Qué se debe entender por dicha inconveniencia? ¿A quién le debe afectar? ¿Caería en dicho supuesto un extranjero que denunciara actos de corrupción del partido en el poder o de algunos altos funcionarios?

La interpretación correcta del artículo 33 constitucional debe tener en cuenta que el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de la expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

En el pasado reciente, la facultad de hacer abandonar el territorio nacional se ha utilizado (con fundamento a veces en el artículo 33 constitucional y en otras ocasiones en la legislación en materia migratoria y de población) para expulsar a extranjeros que estaban realizando actividades de organización, capacitación y evangelización en regiones de la selva de Chiapas o en el estado de Oaxaca, haciendo gala con esas medidas del carácter todavía fuertemente arbitrario e intolerante del Estado mexicano.

Con todo, hay que decir que el artículo 33 es congruente con la también poco feliz expresión contenida en el artículo 11 constitucional, sobre la posibilidad de que las leyes limiten o restrinjan los derechos que ese artículo consagra, a los “extranjeros perniciosos residentes en el país”. ¿Cómo se puede definir jurídicamente la *perniciosa* de alguien? ¿En relación a qué o a quién se puede dar una conducta *perniciosa*? ¿Cómo evitar un ejercicio arbitrario por parte de los poderes públicos cuando el texto constitucional emplea términos tan elásticos e inasibles? ¿No sería más fácil decir que, bajo determinadas circunstancias, se podrá expulsar a un extranjero que viole la legislación en materia migratoria?

5. La libertad de residencia

Por lo que hace a la libertad de residencia, la Constitución lo que protege en el artículo 11 es la decisión que todo individuo puede adoptar libremente para establecer su domicilio en cualquier sitio de la geografía nacional; el establecimiento de la residencia incluye su fijación, mantenimiento y cambio.

Cabe mencionar que el concepto de domicilio o de residencia que la Constitución protege no está necesariamente sujeto o condicionado a la definición del mismo que hagan las leyes civiles, tributarias o de otro tipo. El bien jurídico que la Constitución protege en el artículo 11 debe ser autónomo con respecto a lo que establezcan las leyes para preservar su significado constitucional y no subordinar el principio de supremacía a los designios del legislador.

A reserva de lo que se dirá en el capítulo cuatro sobre la inviolabilidad del domicilio, cabe señalar en este momento que la residencia que tutela el artículo 11 comprende tanto el lugar habitual en el que una persona se asienta de forma permanente, como aquellos lugares que elige para realizar estancias pasajeras u occasionales.³⁰⁵

Desde luego, la libertad de residencia se debe ejercer sin violar otros derechos fundamentales. Por ejemplo, se debe respetar el derecho de propiedad de otras personas. También se puede limitar la libertad de residencia con el objeto de proteger el medio ambiente adecuado, que es un bien que se encuentra constitucionalmente protegido en el artículo 4o. de la carta magna.

En relación con la libertad de residencia hay varias referencias a lo largo del texto constitucional que deben tenerse en cuenta, pues ordenan la forma en que se puede ejercer dicha libertad y distribuyen competencias entre los diferentes niveles de gobierno en la materia de asentamientos humanos.

Una primer referencia se encuentra en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, de acuerdo con el que

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, *lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana*. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para *ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques*, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejora-

³⁰⁵ García Torres, J. y Requejo Pagés, J. L., “Libertad de residencia”, en Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III, p. 155.

miento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

Por otro lado, lo relativo a los “asentamientos humanos” se define en la Constitución como una *materia concurrente* por el artículo 73 fracción XXIX inciso C, lo que significa que en ella deben intervenir tanto los poderes federales, los gobiernos locales y los municipios.³⁰⁶ El texto del precepto mencionado es el siguiente:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXIX. Inciso C: Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en *materia de asentamientos humanos*, con objeto de cumplir los fines previsto en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución.

En la misma materia, el artículo 115 constitucional establece dentro de las facultades del municipio, que deberán ser ejercidas en el marco de lo que dispongan las leyes federales y estatales, varias que guardan relación con la libertad de residencia, entre las que cabe mencionar las siguientes, contempladas en la fracción V de dicho artículo:

- a) Formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de *desarrollo urbano municipal*;
- b) Participar en la creación y administración de sus *reservas territoriales*;
- c) Participar en la formulación de *planes de desarrollo regional*, los cuales deberán estar en concordancia con los planes generales de la materia. Cuando la Federación o los estados elaboren proyectos de desarrollo regional deberán asegurar la participación de los municipios;
- d) Autorizar, controlar y vigilar la *utilización del suelo*, en el ámbito de su competencia, en sus jurisdicciones territoriales;
- e) Intervenir en la regularización de la *tenencia de la tierra urbana*;
- f) Otorgar licencias y permisos para *construcciones*;

³⁰⁶ La explicación de las facultades concurrentes en la Constitución mexicana se encuentra en Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2004, pp. 73 y ss.

g) Participar en la creación y administración de zonas de *reservas ecológicas* y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en esta materia;

h) Intervenir en la formulación y aplicación de programas de transporte público de pasajeros cuando aquellos afecten su ámbito territorial; e

i) Celebrar convenios para la administración y custodia de las zonas federales.

En lo conducente y de conformidad a los fines señalados en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución, expedirán los reglamentos y disposiciones administrativas que fueren necesarios.

Por lo que se refiere al Distrito Federal, la Constitución en el artículo 122, base primera, fracción V, inciso J, faculta a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para

Legislar en materia de planeación del desarrollo; en desarrollo urbano, particularmente en uso del suelo; preservación del medio ambiente y protección ecológica; vivienda; construcciones y edificaciones; vías públicas, tránsito y estacionamientos; adquisiciones y obra pública; y sobre explotación, uso y aprovechamiento de los bienes del patrimonio del Distrito Federal.

La libertad de residencia puede encontrar algunas limitaciones o modalidades en la legislación ordinaria; de acuerdo con la evidencia que nos suministra el derecho comparado, se puede afirmar que, por ejemplo, dicha libertad no se vulnera cuando el cambio de domicilio es decretado por aplicarse una sentencia judicial de desahucio, producto de la resolución de un contrato de arrendamiento, o por una decisión de las propias autoridades judiciales que decidan sobre la guarda y custodia de menores, ni por celebrar un contrato de servicios profesionales o aceptar un empleo que comporte un destino laboral distinto al que se tenga.³⁰⁷

XII. LIBERTAD RELIGIOSA (ARTÍCULOS 24 Y 130)

El artículo 24 de la Constitución mexicana establece la libertad religiosa en los siguientes términos:

Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

³⁰⁷ Los ejemplos son tomados de García Torres, J. y Requejo Pagés, J. L., “Libertad de residencia”, *cit.*, p. 156.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.

Por su parte, el artículo 130 delimita las actividades que pueden realizar los miembros de las iglesias y establece las reglas de la relación entre el Estado mexicano y las propias iglesias, conforme al siguiente texto:

Artículo 130. El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley.

Corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. La ley reglamentaria respectiva, que será de orden público, desarrollará y concretará las disposiciones siguientes:

a) Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro. La ley regulará dichas asociaciones y determinará las condiciones y requisitos para el registro constitutivo de las mismas.

b) Las autoridades no intervendrán en la vida interna de las asociaciones religiosas;

c) Los mexicanos podrán ejercer el ministerio de cualquier culto. Los mexicanos así como los extranjeros deberán, para ello, satisfacer los requisitos que señale la ley;

d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados.

e) Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos de culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.

Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.

La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la ley.

Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquéllos pertenezcan, serán incapaces pa-

ra heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Las autoridades federales, de los estados y de los municipios tendrán en esta materia las facultades y responsabilidades que determine la ley.

Como se puede apreciar, ambos preceptos tienen estrecha relación con el tema de los derechos fundamentales y suponen la base constitucional indispensable para abordar el tema de la libertad religiosa. Al análisis de esta libertad a través del contenido de los artículos 24 y 130, hay que agregar que el artículo 1o., párrafo tercero de la propia Constitución mexicana, que ya ha sido estudiado en el capítulo primero, señala como uno de los criterios por los que no se puede discriminar justamente el de “la religión”.

Una primera cuestión que conviene anotar respecto al texto constitucional transcritto del artículo 24 es que parece un tanto reductivo frente a los textos constitucionales de otros países, que contemplan de forma más amplia la libertad ideológica o la libertad de conciencia. El artículo 24 se limita a establecer la libertad de culto religioso, lo que siendo de la mayor importancia, no es sino una parte de aquellas otras dos libertades mencionadas.

En virtud de que la libertad religiosa depende en buena medida de la libertad ideológica y en razón de que, desde un punto de vista histórico, doctrinal y de derecho comparado, aquélla es una especie de ésta, vale la pena dedicar unas cuantas líneas a examinar su significado e implicaciones.

Antes de eso, conviene hacer alguna mención de carácter histórico, puesto que el tema de la libertad religiosa ha tenido un papel central en el desarrollo inicial de las declaraciones de derechos y, más en general, en la historia de la lucha por los derechos fundamentales, al grado que se ha podido afirmar, con razón, que “la libertad religiosa se convirtió en el principal derecho que protegieron las primeras declaraciones de derechos”.³⁰⁸

Georg Jellinek ha señalado que el origen de los derechos universales del hombre hay que buscarlo justamente en las luchas que se dan para imponer la tolerancia religiosa tanto en Inglaterra como en las colonias americanas.³⁰⁹

³⁰⁸ Celador, Óscar, “Libertad religiosa y revoluciones ilustradas”, en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001, t. II (Siglo XVIII), vol. II (La filosofía de los derechos humanos), p. 53.

³⁰⁹ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada, estudio introductorio de Miguel Carbonell, México, IIJ-UNAM, 2000, pp. 115 y ss.

Recientemente, Habermas explica que no es casual que la libertad religiosa tuviera un papel destacado en los albores del Estado constitucional, puesto que existe “un *nexo conceptual* entre una fundamentación universalista del derecho fundamental de la libertad religiosa, por un lado, y el fundamento normativo de un Estado constitucional, esto es, la democracia y los derechos humanos, por el otro”.³¹⁰

Aparte de las conexiones conceptuales a las que se refiere Habermas, existen otras de carácter axiológico e histórico entre el Estado constitucional y la libertad religiosa. Lo anterior en virtud de que la paz es uno de los fundamentos y bases axiológicas de los derechos fundamentales, y para lograrla en los albores del Estado constitucional era una condición indispensable asegurar que, por medio de la implantación de la tolerancia religiosa, las cuestiones vinculadas con la creencias no pudieran seguir siendo la causa de las guerras que habían caracterizado al Antiguo Régimen y que, desde los inicios de la Edad Media, habían causado millones de muertos en muchas partes del mundo.³¹¹

La tolerancia, pues, se instituye como un cimiento esencial de todo el edificio constitucional, desde sus primeros pasos. Al respecto, Luis Prieto y Jerónimo Betegón escriben lo siguiente:³¹²

Tolerancia religiosa: éste comenzará a ser el lema de una Europa desgarrada por las guerras de religión y por la represión interna de los disidentes. Al principio una pequeña minoría cultivada en el espíritu del humanismo y más tarde un vasto movimiento político defenderán la tolerancia como una necesidad de supervivencia del hombre europeo en el contexto de unos Estados absolutos y rígidamente confesionales; y también como una necesidad de la expansión económica y cultural constreñida por prejuicios religiosos y amenazada por la guerra. Éste habrá de ser uno de los orígenes principales, no ya de la libertad religiosa, sino de los derechos fundamentales en general y del propio Estado constitucional.

En particular sobre la vinculación entre libertad religiosa y libertad de conciencia, hay que recordar que, como señala Dionisio Llamazares, históricamente

³¹⁰ Habermas, Jürgen, “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 129, enero-febrero de 2003, p. 5.

³¹¹ Cfr. las observaciones de Valadés, Diego, “El régimen constitucional de la tolerancia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, enero-abril de 2000, pp. 300 y ss.

³¹² “Estudio preliminar”, en Locke, John, *Escritos sobre la tolerancia*, ed. de Luis Prieto Sanchís y Jerónimo Betegón Carrillo, Madrid, CEPC, 1999, p. XVI.

libertad religiosa y libertad ideológica se nos muestran como inseparables; no pueden ser la una sin la otra. Esto explica que donde primero se consigue la estabilidad del pluralismo democrático como sistema de convivencia política, sea justamente en aquellos países en los que más tempranamente, junto al derecho de libertad ideológica se ha reconocido el derecho a la libertad religiosa de sus ciudadanos, eliminando primero las discriminaciones por razones religiosas entre ellos como individuos y proyectando más tarde ese trato de paridad a los colectivos religiosos (confesiones) en los que los ciudadanos se integran. El reconocimiento de la libertad religiosa va por delante del reconocimiento de la libertad ideológica: la primera es la precursora de la segunda. Las cosas fueron bien distintas donde los acontecimientos siguieron derroteros diferentes: países en los que no triunfa la reforma. La libertad religiosa y la libertad ideológica no describen entre ellas un proceso paralelo y simultáneo; la libertad religiosa va siempre por detrás de la ideológica; algo que ha tenido, en no pocos casos, consecuencias nefastas para la convivencia, al ser la intolerancia religiosa germen y fermento de duros enfrentamientos políticos y que siempre han supuesto un freno y una dificultad añadida para la estabilidad del pluralismo democrático y de la convivencia pacífica basada en el mutuo respeto.³¹³

1. La libertad religiosa en las primeras declaraciones de derechos

No deja de resultar curioso que también en el tema de la libertad religiosa se encuentren importantes convergencias entre los procesos históricos de Estados Unidos y de Francia. Tal parece que algunas ideas hubieran recorrido casi al mismo tiempo los dos extremos del Océano Atlántico. En parte puede ser que esto haya ocurrido, pero también se puede deber lo anterior al hecho de que tanto la Revolución Francesa como el proceso de independencia de los Estados Unidos se tienen que enfrentar a un fondo común de problemas.

En este sentido y con relación al tema que nos ocupa, es obvio que tanto en Francia como en Inglaterra existió durante buena parte del Antiguo Régimen una relación muy estrecha entre poder político y poder religioso, y que entre ambos ejercían un poderoso dominio sobre las libertades de sus habitantes. Por eso las colonias estadounidenses ponen un gran énfasis en proclamar la libertad religiosa como un aspecto de la libertad del individuo, así como la separación entre el Estado y las iglesias como una forma de organización colectiva de aquella incipiente sociedad.

³¹³ Llamazares Fernández, Dionisio, *Derecho eclesiástico del Estado, derecho de la libertad de conciencia*, Madrid, UCM, 1991, p. 16; ver también las observaciones de Peñes-Barba, Gregorio y Prieto Sanchís, Luis, “La filosofía de la tolerancia”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 1998, t. I (Tránsito a la modernidad, Siglos XVI y XVII), pp. 265 y ss.

Es importante destacar el doble carácter, a la vez individual y colectivo, del tema que nos ocupa; individualidad y colectividad como características que se interpenetran y que son mutuamente dependientes, ya que no sería posible entender la *individual* libertad de elegir una creencia religiosa, si no existiera la *colectiva* decisión de mantener separado el poder religioso del poder político. Como escriben Luis Prieto e Iván C. Ibán,

el principio de libertad religiosa impide al Estado erigirse en sujeto del acto de fe, sustituyendo al individuo o concurriendo con él, y le obliga asimismo a definir su política religiosa atendiendo, no al carácter positivo o negativo de los postulados de las confesiones, sino a una consideración de la decisión religiosa individual, cualquiera que ésta sea, como un acto valioso y digno de recibir protección jurídica.³¹⁴

Como enseguida se verá con algún detalle, en los primeros pasos del Estado constitucional ya se intuía de forma muy clara el sentido de lo que se acaba de decir.

Si se quisiera hacer un recorrido histórico,³¹⁵ del todo simplificado, se podría decir que la primera estación de la tolerancia religiosa se daría con la separación iglesia-Estado; la segunda etapa estaría marcada por la paridad de trato entre las diversas confesiones, de forma que el Estado no solamente no estableciera una religión oficial, sino que tampoco pudiera beneficiar en particular a una confesión determinada (por ejemplo a través del traslado de una parte de sus ingresos tributarios a fin de sostener las actividades de una religión, o por medio de la imposición de trabajo obligatorio en favor de la construcción de templos o lugares de culto, aspectos que fueron la regla de muchos regímenes políticos durante siglos); una tercera estación estaría marcada ya concretamente por la libertad religiosa con las implicaciones que enseguida se verán.

Esto se encuentra reflejado, desde el punto de vista jurídico, en las primeras declaraciones de derechos que se dan las colonias y los estados de la Confederación en los Estados Unidos.³¹⁶ En todos los estados se recogió, ya sea en sus Constituciones o en sus declaraciones de derechos, la libertad religiosa. En varios de ellos, esta libertad se acompañó con una prohibición de discriminar por motivos religiosos en el acceso a un cargo público, a ser testigo o a jurar. En

³¹⁴ Ibán, Iván C. y Prieto Sanchís, Luis, *Lecciones de derecho eclesiástico*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 139.

³¹⁵ Starck, Christian, “The Development of the Idea of Religious Freedom in Modern Times”, en VV. AA., *La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México, IIJ-UNAM, 1996, pp. 3 y ss.

³¹⁶ Sigo la exposición de Celador, Óscar, “Libertad religiosa y revoluciones ilustradas”, cit., pp. 55 y ss.

una primera etapa, no existieron prohibiciones para que se diera financiación estatal a las confesiones religiosas, aunque sí fue protegida la libertad individual para no contribuir económicamente a una religión que no se profesaba. También se estableció el principio de igualdad entre las confesiones religiosas, de forma que el Estado solamente podía beneficiar a una determinada iglesia si hacía lo propio con las demás.

Por ejemplo, la Constitución de Carolina del Norte de 1776 estableció que

No existirá establecimiento de ninguna confesión religiosa en este Estado, en preferencia de otra. Ninguna persona podrá ser obligada a asistir a un acto de culto contra su voluntad o sus creencias religiosas, nadie podrá ser obligado a pagar un impuesto o a financiar la construcción o el mantenimiento de un lugar de culto, o a sostener a un ministro de culto contra su voluntad (artículo XXXIV).

La Constitución de Nueva Jersey del mismo año de 1776 dispuso que “Ninguna persona será nunca, dentro de esta colonia, privada de su privilegio a rendir culto a su Dios de la forma que lo estime conveniente de acuerdo con los dictados de su conciencia...”.

En la Constitución del Estado de Nueva York de 1777, el tema de la libertad religiosa alcanza el rango de una declaración de principio sobre la forma de proteger el valor de la tolerancia; su artículo 38 señalaba que “Estamos obligados, como consecuencia del principio de libertad racional, no sólo a expulsar a la tiranía civil, sino también a configurarnos como los guardianes y los defensores contra la opresión espiritual y la intolerancia”.

Como se sabe, uno de los textos más importantes de aquella época fundacional en los Estados Unidos fue la Declaración de Derechos de Virginia, del 12 de junio de 1776; sobre su contenido tuvieron una influencia decisiva Jefferson y Madison, que también reflejaron sus ideas (sobre todo Madison) en el texto de la Constitución Federal de los Estados Unidos; en la Declaración de Virginia se dispuso que

la religión, o la obligación de adorar a nuestro creador, así como la manera de llevarla a cabo sólo puede ser dirigida por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y de esta manera, todos los hombres están igualmente legitimados para el libre ejercicio de la religión de acuerdo con los dictados de su conciencia; y es la obligación recíproca de todo cristiano practicar la paciencia, el amor y la caridad con los demás [artículo 16].

En el mismo estado de Virginia se aprobó en junio de 1786 el llamado *Bill for Establishing Religious Freedom*, que había sido propuesto por Jefferson en

1779; en su texto se afirma, en relación con la obligación de financiar a una determinada confesión, lo siguiente: “obligar a un individuo a financiar el fomento de creencias que no comparte es pecaminoso y tiránico”.

A nivel federal, la libertad de religión se recoge en los Estados Unidos en el texto de la Primera Enmienda de la Constitución, a propuesta justamente de Madison. El hecho de que sea el tema que abre el *Bill of Rights* es bien sintomático de la importancia que tenía en esa época. El texto es contundente y breve, por lo que a lo largo del tiempo ha generado continuas intervenciones interpretativas de la Suprema Corte de los Estados Unidos:³¹⁷ “El Congreso no hará ley ninguna que adopte el establecimiento de religión del Estado o prohíba practicarla libremente...”.

En el caso francés, aunque aparecen elementos coincidentes con el estadounidense, el debate sobre la libertad religiosa es acompañado por un clima intelectual mucho más favorable y por un debate público más intenso, puesto que los pensadores de la Ilustración eran, en buena medida, contrarios a los excesos que se habían visto en aquellos años por parte de la Iglesia y del Estado confesional. De hecho, el ideal de la tolerancia y la secularización del Estado fueron dos grandes banderas de los revolucionarios franceses.

En su *Tratado de la Tolerancia*, Voltaire escribía, abogando por la libertad de conciencia, que

es una pasión muy terrible el orgullo que quiere forzar a los hombres a pensar como nosotros; pero ¿no es una gran locura creer que se los trae a nuestros dogmas haciéndoles que se revelen continuamente por las calumnias más atroces, persiguiéndoles, llevándolos a galeras, a la horca, al potro y a la hoguera?... ¿No es la más peligrosa de las perversiones, la de aborrecer al prójimo por sus creencias?

Mirabeau fue más allá de lo sostenido por Voltaire y durante los debates para aprobar la Declaración francesa de Derechos de 1789 afirmó lo siguiente:

No vengo a predicar la tolerancia; la libertad más ilimitada en materia de religión es, a mis ojos, un derecho tan sagrado, que la palabra tolerancia, que quisiera expresarla, me parecería de algún modo tiránica, pues la existencia de la autoridad, que tiene

³¹⁷ Algunas de sus sentencias más relevantes sobre los alcances de la libertad religiosa se estudian *infra*, dentro del apartado sobre la regulación de ésta libertad en el derecho constitucional comparado.

el poder de tolerar, atenta a la libertad de pensamiento, por lo mismo que tolera podría no tolerar.³¹⁸

El artículo 10 de la Declaración de 1789 estableció que “Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley”.

Dentro del siglo XVII, uno de los autores más importantes en materia de tolerancia religiosa fue John Locke, quien en su *Carta sobre la tolerancia* de 1688 conjuntó una serie de importantes argumentos sobre el tema que nos ocupa.³¹⁹

2. La libertad ideológica

La libertad ideológica consiste en la posibilidad de que toda persona tenga su propia cosmovisión y entienda de la forma que quiera su papel en el mundo, su misión —si es que considera que tiene alguna— en la vida y el lugar de los seres humanos en el universo. Por supuesto, no se trata de una dimensión puramente interna del sujeto, sino que la libertad ideológica protege las manifestaciones externas de los ideales que se forjan en el fuero interno de cada persona.

El valor que sostiene en parte a la libertad ideológica es la tolerancia, la cual exige que respetemos al otro aun cuando no estemos de acuerdo con su conducta y la misma nos parezca (moralmente) reprochable; como señala Habermas, “Debemos respetar en el otro también al conciudadano aun cuando consideremos falsos tanto su fe como su pensamiento y mala la correspondiente conducta vital. La tolerancia protege a una sociedad pluralista de ser desagarrada como comunidad política por conflictos entre cosmovisiones rivales”.³²⁰

La libertad ideológica tiene un componente individual y un componente colectivo.³²¹ El primero se desprende del principio de dignidad de la persona y es una consecuencia de la autodeterminación de la misma; el componente colectivo o institucional, por su parte, cobra sentido en la medida en que las personas

³¹⁸ Algo parecido expresó también J. W. Goethe cuando sostuvo que “La tolerancia debería ser, en realidad, sólo una actitud pasajera; tiene que conducir al reconocimiento. Tolerar significa ofender”.

³¹⁹ Locke, John, *Escritos sobre la tolerancia*, cit.

³²⁰ “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, cit., p. 7.

³²¹ Xiol Ríos, Juan Antonio, “La libertad ideológica o libertad de conciencia”, en VV. AA., *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2001, pp. 19-22.

buscan y necesitan comunicar sus creencias, compartir las con otras personas e integrarse en grupos que mantengan una ideología afín a la suya.

Desde luego, el componente colectivo puede surgir de forma más o menos voluntaria, según que la persona busque integrarse en un grupo o colectividad afín de forma espontánea o bien que esa misma persona pertenezca de forma involuntaria y por las razones que sean a un grupo o comunidad (tal sería el caso de las minorías étnicas o culturales). En cualquier caso, la dimensión colectiva de la libertad ideológica es una base mínima para generar la convivencia pacífica dentro de las sociedades democráticas contemporáneas, que presentan acentuados rasgos de pluralismo y multiculturalidad.³²²

Las manifestaciones externas que conforman el ámbito protegido de la libertad ideológica son, al menos, las siguientes:³²³

1. La libre tenencia de opiniones y creencias, es decir, la posibilidad de que cada persona tenga o deje de tener unas u otras convicciones y que esas convicciones sean inmunes frente a cualquier forma de intervención, coacción o prohibición, en tanto que no transgredan algún tipo de límite constitucional, si es que se manifiestan por medio de determinadas acciones.
2. Derecho a pertenecer a grupos y asociaciones orientados por convicciones y creencias; se trataría, en este supuesto, de la dimensión colectiva de la libertad mencionada en el inciso anterior. En este sentido, es de particular importancia subrayar que la libertad ideológica permite, en principio, que toda persona pueda integrarse en cualquier tipo de minoría, por heterodoxa o peculiar que le parezca a la mayoría, así como la posibilidad de que deje de pertenecer en cualquier momento a esa minoría.
3. Derecho a no declarar sobre la propia ideología o sobre las creencias personales. Esta manifestación de la libertad religiosa es muy importante para evitar fenómenos de discriminación. Como se ha visto en el capítulo segundo, la Constitución mexicana prohíbe la discriminación por motivo de “opiniones” o “preferencias”; de dicha prohibición en general y de la libertad ideológica en particular puede desprenderse el derecho a mantener en secreto nuestras creencias y nuestras preferencias, de forma que ninguna autoridad y ningún particular nos pueda obligar a hacer pública nuestra religión, nuestras preferencias sexuales o la opinión que tenemos sobre algún tema. Una manifestación concreta muy importante de este as-

³²² Sobre la tolerancia en las sociedad plurales, Martínez de Pisón, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001.

³²³ Xiol Ríos, Juan A., “La libertad ideológica o libertad de conciencia”, *cit.*, pp. 29 y ss.

pecto de la libertad ideológica es el secreto del voto, garantizado por la legislación electoral a nivel federal y estatal. Otra manifestación de este derecho es la protección contra la difusión de datos personales, cuestión que fue analizada en el apartado relativo al derecho a la intimidad.

4. Libre conformación de opiniones, convicciones y creencias. La libertad ideológica no solamente busca proteger la mera “tenencia” de creencias, sino que también protege la búsqueda de los elementos necesarios para conformarlas, lo cual se concreta de muchas maneras; por ejemplo, a través de la libertad de educación, del derecho a recibir información veraz o por medio del derecho de los padres a elegir el mejor modelo educativo y formativo para sus hijos.
5. Libertad de comunicación de ideas y opiniones; éste es un aspecto que guarda íntima relación con la libertad de expresión, que ya se ha estudiado dentro de este capítulo, por lo que remitimos a las consideraciones realizadas en el apartado correspondiente. Quizá solamente haría falta agregar que dentro de la libertad de comunicación de ideas se encuentra el fundamento de la libertad de cátedra (que también encuentra sustento, como es obvio, en la libertad educativa y en la figura de la autonomía universitaria).
6. Libertad para arreglar la propia conducta a las creencias u opiniones que se tengan; esto supone la libertad de practicar los cultos religiosos en los que se crea, así como la posibilidad de manifestar una objeción de conciencia para no cumplir con alguna obligación que sea contraria a nuestras creencias; sobre el tema de la objeción de conciencia se abunda en el apartado siguiente, relativo a la libertad religiosa. También este aspecto de la libertad ideológica supone, con algunas excepciones, la posibilidad de defensa de los individuos frente a tratamientos médicos que sean contrarios a sus creencias; las excepciones se pueden dar cuando se trate de menores de edad, cuando la persona no tenga la posibilidad de manifestar con claridad su pensamiento o cuando se acredite un estado de necesidad que ponga en peligro un bien protegido constitucionalmente (como lo puede ser la vida); por ejemplo, un juez puede ordenar una transfusión sanguínea a pesar de la negativa del paciente.³²⁴

Los anteriores son simplemente algunos aspectos en los que se concreta la libertad ideológica; en virtud de que su regulación en el derecho internacional

³²⁴ *Ibidem*, pp. 64 y 65; dentro del mismo libro, sobre el tema, ver Santolaya, Pablo, “De cómo la libertad ideológica puede modular el cumplimiento de algunas obligaciones legales (según la jurisprudencia)”, pp. 94 y ss.

de los derechos humanos y en el derecho constitucional comparado normalmente se hace junto a la libertad religiosa, remitimos al apartado correspondiente *infra* para el estudio de las normas que, en los dos ámbitos mencionados, la contemplan.

Antes de terminar este apartado, hay que resaltar el hecho de que libertad ideológica es la matriz a partir de la cual se pueden desarrollar otros derechos. El más obvio es el derecho a la libertad religiosa, que se examina enseguida. Pero también de la libertad ideológica se han desprendido los derechos multiculturales, que —como se verá con detalle en el capítulo sexto de este libro— permiten a individuos, grupos y comunidades establecer sus propias formas de vida e impiden que el derecho aprobado por la mayoría dentro de un territorio pueda hacérselas cambiar en favor de modelos más “evolucionados” o más ortodoxos; la tolerancia que sostiene en parte a la libertad ideológica, exige que se eliminen los prejuicios, que en tantos momentos de nuestra historia han generado enormes fenómenos de discriminación contra las minorías.

Finalmente, es también a partir de la libertad ideológica como pueden entenderse varios derechos de participación política, pues tales derechos suponen la posibilidad de tener y defender diferentes ideologías en el terreno de lo público, a partir de las cuales se puede intentar conformar un gobierno para modificar la orientación política de un Estado o integrar un partido político cuyo fin sea sostener ciertos puntos de vista sobre determinados temas, entre otras cuestiones.

En suma, la libertad ideológica se encuentra en el principio mismo del Estado constitucional, pero se proyecta también a lo largo de varias de sus principales líneas evolutivas, reforzando su carácter dinámico y potenciando desarrollos futuros que todavía están por ser explorados.

3. La libertad religiosa en México

La libertad religiosa se crea para garantizar que toda persona tendrá la libertad suficiente para asumir la creencia y prácticas religiosas que le parezcan más adecuadas. De esta forma, las personas podrán mantener, si es que creen en ella, una comunicación libre con la divinidad y profesar una correspondiente fe religiosa. De ello pueden derivar una serie de obligaciones religiosas para conducirse conforme a los mandatos que les dicte su creencia, lo cual está protegido, por regla general y con las limitaciones que enseguida se comentarán, por el derecho de libertad religiosa.

La libertad religiosa en México ha estado marcada, históricamente, por un doble ejercicio de intolerancia, o mejor dicho, de intolerancias, en plural.³²⁵ Durante buena parte del siglo XIX los textos constitucionales entonces vigentes no la permitían e imponían como posible una sola religión: la católica. Un ejemplo paradigmático de este tipo de disposiciones se encuentra en el artículo 12 de la Constitución de Cádiz, cuyo texto establecía que “La religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra”.

También en el periodo independiente de México se observan disposiciones parecidas; así, por ejemplo, el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, dispuso desde su artículo 1o. que “La religión católica, apostólica y romana es la única que se debe profesar en el Estado”; esta disposición se completaba con el contenido del artículo 15 de la misma Constitución de acuerdo con el cual “La calidad de ciudadano se pierde por crimen de herejía, apostasía y lesa nación”.

Un hereje (como se escribe hoy en día), de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, es quien “niega alguno de los dogmas establecidos por una religión”; según el mismo *Diccionario* un apóstata es quien niega “la fe de Jesucristo recibida en el bautismo”.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX y hasta las trascendentales reformas constitucionales de 1992, la intolerancia estuvo en el otro extremo: los textos constitucionales negaban la personalidad jurídica de las iglesias y agrupaciones religiosas, con lo cual, en los hechos, el Estado mexicano estaba restringiendo severamente las posibilidades de ejercicio de las creencias religiosas de muchas personas, así como limitando la posibilidad de realizar actos jurídicos por las mencionadas iglesias.

Por supuesto, en lo que hace a este segundo momento histórico, las disposiciones constitucionales (como en tantos otros casos que se podrían mencionar) no se cumplían a cabalidad; la autoridad se hacía de la vista gorda para no sancionar patentes violaciones a las disposiciones que prohibían a las iglesias impartir educación o realizar manifestaciones de culto fuera de los templos. Por su lado, las iglesias acudían a todos los mecanismos de fraude a la ley y de simulación para burlar la regulación que restringía su ámbito de actuación.

³²⁵ Para un primer acercamiento a la historia de las relaciones entre el Estado y las iglesias en México, *cfr.* Soberanes Fernández, José Luis, *El derecho de libertad religiosa en México (un ensayo)*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2001, pp. 17 y ss., así como González, María del Refugio, “Las relaciones entre el Estado y la Iglesia en México”, en VV. AA., *Derecho fundamental de libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 1994, pp. 113 y ss.

Los rasgos que derivaron del texto original de la Constitución de 1917 en materia de libertad religiosa han sido sintetizados con acierto por José Luis Soberanes en los siguientes términos,³²⁶ que ofrecemos de manera resumida:

1. Educación laica y, entre los años 1934 y 1946, educación “socialista”.
2. Prohibición a las corporaciones religiosas y a los ministros de culto de establecer y dirigir escuelas primarias.
3. Prohibición de realizar votos religiosos y de establecer órdenes monásticas.
4. El culto público solamente se podía realizar dentro de los templos, los cuales estarían bajo vigilancia de la autoridad.³²⁷
5. Prohibición para las asociaciones religiosas de adquirir, poseer o administrar bienes raíces, incluyendo los templos, que pasaron a ser propiedad de la nación.
6. Desconocimiento de la personalidad jurídica de las agrupaciones religiosas llamadas iglesias.
7. Reserva para los mexicanos por nacimiento del ejercicio del ministerio de culto, excluyendo en consecuencia a los extranjeros o a los mexicanos por naturalización tal ejercicio.

Como quiera que sea, adoptando una perspectiva histórica amplia, que no se refiera simplemente a lo que sucedió en el desarrollo del Estado mexicano, es evidente que, como acreditan los casos de Francia y Estados Unidos a finales del siglo XVIII, tiene sentido hablar de libertad religiosa solamente cuando el poder político logra desvincularse del poder eclesiástico. Mientras los dos poderes se confunden, el tema de la libertad religiosa no tiene sentido, puesto que el Estado y la fe religiosa son uno mismo. Es por tanto a partir del proceso de secularización del Estado cuando se puede comenzar a desarrollar la libertad religiosa; y particularmente a partir del surgimiento de las modernas repúblicas democráticas,³²⁸ en cuyo seno se ha podido debatir pacíficamente sobre una

³²⁶ *El derecho de libertad religiosa*, cit., pp. 35 y 36.

³²⁷ Una perspectiva integral del régimen jurídico de los lugares de culto religioso en el derecho español, que es interesante para suscitar algunas cuestiones aún no resueltas en México, se puede ver en Rodríguez Blanco, Miguel, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Madrid, CEPC, BOE, 2000.

³²⁸ Uno de los principios que se encuentran en los ideales republicanos es el de la laicidad del Estado, como lo recuerda Carlos de Cabo, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, IIJ-UNAM, 1997, p. 84. Este mismo autor subraya el binomio histórico entre “trono-altar” y “república-laicismo”.

serie de cuestiones por las que hace unos siglos llevaban a las personas a la hoguera.

Como afirma José Luis Soberanes, la mayor parte de la doctrina que ha estudiado el tema de la libertad religiosa ha considerado más útil analizar su contenido que proporcionar una definición;³²⁹ me parece acertada dicha postura, pues el despliegue de los efectos prácticos de la libertad religiosa se dará a partir de lo que se considere su contenido, que es el que va a marcar los alcances de la protección constitucional.

En consecuencia, a partir del texto constitucional vigente de los artículos 24 y 130, vale la pena preguntar cuáles son en particular las libertades que permiten ejercer esos preceptos, o dicho en otras palabras, ¿qué conductas concretas pueden lícitamente desprenderse del derecho de libertad religiosa? Un texto que puede ser muy orientativo al respecto es el artículo 60. de la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 25 de noviembre de 1981.³³⁰ Conforme a ese precepto, la libertad religiosa comprende las libertades siguientes:

- La de practicar el culto o celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines (inciso a);
- La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas (inciso b);
- La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materias necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción (inciso c);
- La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas (inciso d); es decir, lo que se podría llamar los actos de difusión religiosa;
- La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines (inciso e); hay que señalar que este precepto establece la posibilidad de llevar a cabo procesos de enseñanza religiosa, pero no reconoce de forma explícita el derecho a recibir educación religiosa en los distintos niveles educativos, ni tampoco a que este tipo de enseñanza se imparta en las escuelas públicas; este hecho es muy relevante ya que en el derecho mexicano es una de las cuestiones más recurrentes en el debate sobre los alcan-

³²⁹ *El derecho de libertad religiosa, cit.*, p. 45.

³³⁰ Consultable en Carbonell, Miguel (revisión y actualización), *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público*, México, Porrúa, 2004, pp. 79 y ss.

ces del Estado laico y sobre lo que falta por conseguir en materia de libertad religiosa en el país.

- La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones (inciso f); en este punto también se pueden señalar algunos elementos de duda: ¿entre las “instituciones” que menciona la Declaración se encuentra también el Estado?, es decir, ¿las instituciones estatales podrían contribuir por medio de donativos o subsidios al mantenimiento de una determinada religión? Estas preguntas no son ociosas para el presente de muchos países (como Italia y España), en los que los contribuyentes, al hacer su declaración anual del impuesto sobre la renta pueden disponer que una parte de los recursos que entregan al Estado sean transferidos a la Iglesia Católica.
- La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción (inciso g); esto supone, como en cualquier otra organización, la libertad para autoorganizarse, lo cual a su vez implica la posibilidad de nombrar a sus dirigentes.
- La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción (inciso h); este punto pone de manifiesto como ningún otro la falta de neutralidad de muchos Estados occidentales en relación con el fenómeno religioso; la cuestión es bien sencilla: ¿cuál es el día que las leyes laborales señalan como festivo dentro de cada semana? El domingo, como lo señala el libro sagrado de los católicos. ¿Cuáles son las principales festividades escolares y días festivos durante el año? Varios de ellos tienen que ver con el comienzo del año católico o con la celebración de la Semana Santa católica. En este contexto y con fundamento en el derecho de libertad religiosa, ¿podrían reclamar derechos diferentes quienes profesan una religión distinta de la católica? ¿Por ejemplo, tendrían derecho a no trabajar en sábado o a cambiar su calendario escolar para respetar sus propias festividades religiosas? La cuestión permanece como un debate abierto en varios países del mundo occidental.
- La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional (inciso i); esta libertad es muy importante, ya que la mayoría de comunidades religiosas tienen alcances supranacionales y los centros en los que residen sus respectivas jerarquías o en los que se encuentran sus lugares santos pueden estar más allá de las fronteras del Estado al que pertenece una persona. Por eso es muy relevante que toda

persona que se encuentre en ese supuesto pueda mantener comunicación por todas las vías y en todas las formas posibles con esos centros y con esas jerarquías.

Muy parecido al precepto que se acaba de citar es el artículo 2o. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 15 de junio de 1992, el cual especifica que el contenido del derecho de libertad religiosa comprende lo siguiente en favor de todo individuo:

- Tener o adoptar la creencia religiosa que más le agrade y practicar, en forma individual o colectiva, los actos de culto y ritos de su preferencia.
- No profesar creencias religiosas, abstenerse de practicar actos y ritos religiosos y no pertenecer a una asociación religiosa.
- No ser objeto de discriminación, coacción u hostilidad por causa de sus creencias religiosas, ni ser obligado a declarar sobre las mismas; en esa virtud, la ley dispone que no podrán alegarse motivos religiosos para impedir a alguien el ejercicio de cualquier trabajo o actividad, salvo en los casos previstos en la misma ley.
- No ser obligado a prestar servicios personales ni a contribuir con dinero o en especie al sostenimiento de una asociación, Iglesia o cualquier otra agrupación religiosa, ni a participar o contribuir de la misma manera en ritos, ceremonias, festividades, servicios o actos de culto religioso.
- No ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa por la manifestación de ideas religiosas, y
- Asociarse o reunirse pacíficamente con fines religiosos.

4. *Límites a la libertad religiosa*

Como todo derecho, también la libertad religiosa tiene límites. Su exposición, en el derecho constitucional mexicano, reviste un interés especial puesto que una parte muy relevante de la doctrina nacional sostiene que las reformas constitucionales de 1992 se quedaron cortas y que todavía hace falta remover algunos límites para tener una libertad religiosa plena en el país.³³¹

A nivel internacional se debe mencionar que la citada Declaración de la ONU para eliminar las discriminaciones en materia de intolerancia religiosa señala en su artículo 1.3 que “La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba

³³¹ Sobre el tema, Soberanes, *El derecho de libertad religiosa*, cit., pp. 59 y ss.

la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

En México, el artículo 130 es el que establece varias limitaciones a la libertad religiosa como derecho, así como a las personas que forman parte activa de las asociaciones religiosas. Las limitaciones a las que hace referencia dicho artículo son las siguientes:

- Los ministros de culto no podrán ocupar cargos públicos, a menos que dejen de serlo con la anticipación que, en su caso, señalen las leyes.
- Los ministros de culto no tendrán, como una de las posibles consecuencias de lo anterior, el derecho de sufragio pasivo, es decir, no podrán ser votados. Esta disposición del artículo 130 se refuerza con algunas otras disposiciones constitucionales, referidas a los requisitos que una persona debe reunir para acceder a los principales cargos públicos del país. Así por ejemplo, el artículo 82 establece como requisito para ser presidente de la República, “No pertenecer al Estado eclesiástico ni ser ministro de algún culto” (fracción IV); de la misma forma, los artículos 55 y 58 de la Constitución disponen como requisito para ser diputado o senador en el Congreso de la Unión el “No ser ministro de algún culto religioso”.
- Los ministros de culto no podrán ejercer el derecho de asociación en materia política, ni hacer proselitismo en favor o en contra de algún candidato, partido o asociación política.
- No podrán, en alguna reunión pública, en actos de culto o de propaganda religiosa, o en publicaciones que tengan ese carácter, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.
- Las formaciones políticas no pueden tener en su denominación palabra o indicación alguna que las vincule con alguna confesión religiosa.
- No se pueden celebrar en los templos reuniones de carácter político.
- Los ministros de culto, algunos de sus familiares y las asociaciones religiosas no tienen capacidad para recibir herencias por testamento de las personas a las que hayan auxiliado espiritualmente, a menos que sean familiares suyos dentro del cuarto grado.

Como se puede apreciar, el artículo 130 utiliza algunos términos que se deben interpretar muy restrictivamente para preservar el contenido esencial de la libertad religiosa. Por ejemplo, cuando hace referencia a reuniones políticas, debe interpretarse como reuniones de carácter electoral o reuniones que tengan por objetivo realizar proselitismo en favor o en contra de un partido o de un

candidato, pues el concepto de lo político es muy amplio y puede llegar a abarcar casi cualquier actividad social. Las prohibiciones en materia política tienen por objeto impedir que se manipulen los sentimientos religiosos del pueblo con fines electorales o partidistas,³³² así como mantener separadas las esferas pública y privada, como ámbito propio del Estado y de las iglesias, respectivamente.

También restrictivamente debe interpretarse la última parte del párrafo primero del artículo 24 constitucional, cuando señala que la libertad religiosa se puede ejercer siempre que no constituyan “delitos o faltas penados por la ley”. Queda claro que la libertad religiosa no puede amparar la comisión de delitos, pero en cuanto a las “faltas” parece que la mención que hace el texto constitucional no es muy afortunada, ya que deja al libre arbitrio de las autoridades administrativas (que son las que determinan qué conductas son faltas, cosa que no sucede con los delitos, que solamente pueden ser establecidos a través de un mandato del Poder Legislativo) la fijación de los alcances de la libertad religiosa.³³³

La jurisprudencia nacional sobre libertad religiosa no es muy abundante; de entre los escasos criterios jurisprudenciales sobre el tema, y a reserva de lo que se dirá en el siguiente apartado, conviene citar el siguiente:

COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 48 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL QUE ORDENA QUE AQUÉLLOS SE MANTENGAN AJENOS A TODA DOCTRINA O ACTIVIDAD RELIGIOSA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 48 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, al ordenar que los colegios de profesionistas serán ajenos a toda actividad de carácter político o religioso, quedándoles prohibido tratar asuntos de tal naturaleza en sus asambleas, no vulnera la garantía de libertad de cultos. Lo anterior, en virtud de que los referidos colegios adquieren con motivo de su registro ante la autoridad competente una serie de derechos y obligaciones que son de interés público y, en virtud de esa peculiaridad, deben quedar sujetos a los principios que rigen el actuar de toda entidad pública en nuestro sistema, entre ellos, el principio histórico de la separación del Estado y las iglesias, recogido en el primer párrafo del artículo 130 constitucional y reiterado en la fracción I del artículo 3o. de la propia Constitución, conforme al cual, la actuación de las personas morales que, por disposición legal, realizan funciones que son de interés público debe mantenerse ajena a toda doctrina o actividad religiosa, sin

³³² Soberanes, *El derecho de libertad religiosa*, cit., p. 58.

³³³ Agradezco a Jorge Adame haberme hecho reparar sobre esta parte del artículo 24 constitucional y sobre sus implicaciones.

que ello se traduzca en una limitación a la referida garantía que consagra el artículo 24 de la carta magna en favor de las personas que asociándose han constituido dichos colegios, pues cada una de ellas, en lo individual, puede ejercer su derecho constitucional; y si desean incursionar en actividades de esa naturaleza, pueden hacerlo siguiendo las formas y cauces pertinentes, esto es, constituyéndose como una asociación religiosa, en los términos establecidos en el mencionado artículo 130 y en la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público. Amparo en revisión 295/99. Colegio Mexicano de Licenciados en Administración, A. C. 8 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, septiembre de 2000, tesis P. CXXXVI/2000, p. 14.

Sobre la inelibilidad de los ministros de culto para ejercer cargos públicos electivos y, aun antes, para ser candidatos a esos cargos, el Tribunal Electoral ha sostenido un extraño criterio, en el que se asienta que dicha inelibilidad se configura incluso en el caso en que la iglesia de la que sean ministros de culto los interesados no esté registrada legalmente; se trata de la siguiente tesis:

MINISTROS DE CULTO RELIGIOSO. SON INELEGIBLES, AUNQUE LA AGRUPACIÓN O IGLESIA A LA QUE PERTENEZCAN NO ESTÉ REGISTRADA LEGALMENTE. De una interpretación sistemática del artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de los artículos 60., 90. y 10 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, se arriba a la conclusión de que el hecho de que las iglesias o agrupaciones religiosas adquieran personalidad jurídica como asociaciones religiosas, una vez que han sido registradas ante la autoridad competente, en modo alguno significa, que las que no han obtenido su registro constitutivo, no existan en la realidad, como unidades sociológicas. Lo cierto es que tales entes sí tienen existencia en la práctica, lo cual, incluso, se encuentra reconocido en la ley, por ejemplo, en el artículo 10 en relación con el artículo 90., fracción III, de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, que prevén la posibilidad de que esos entes realicen actos de culto público religioso, aun cuando no tienen la personalidad jurídica, con la que cuentan las asociaciones religiosas. Ante esta situación, es claro que para la demostración de la calidad de ministro de culto religioso de una persona, no es necesario acreditar que la iglesia o agrupación religiosa a que pertenece, se encuentre constituida legalmente como asociación religiosa, puesto que de acuerdo a lo anterior, alguien puede ser ministro de culto de una agrupación religiosa o iglesia que no esté registrada en términos de ley, y ello evidentemente basta para hacerlo inelegible para contender a un cargo de elección popular. Sala Superior, tesis S3EL 104/2002. Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-114/99. Coalición formada por los partidos Acción Nacional, de la Revolución Democrática, del Trabajo y Ver-

de Ecologista de México. 25 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Eliseo Puga Cervantes.

Decimos que se trata de una tesis un tanto extraña fundamentalmente por las dos siguientes consideraciones:

a) en primer lugar porque parecería legítimo sostener que, de acuerdo con el sistema de reglas establecido en el artículo 130 constitucional y en la ley que lo desarrolla, las iglesias y agrupaciones religiosas tendrían condicionada su existencia (y por tanto su protección y límites constitucionales) al hecho de que se registraran como tales, de forma que si tal registro no se diera las agrupaciones jurídicamente no tendrían existencia ni, en consecuencia, podrían ser consideradas como tales; hay que recordar que el artículo 130 en su inciso A claramente señala que “Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro”,³³⁴ y

b) en segundo lugar habría que recordar que una de las reglas de interpretación en materia de derechos fundamentales es el principio *pro homine*, lo que significa entre otras cuestiones que siempre que a una disposición jurídica se le puedan dar dos o más interpretaciones, se deberá de preferir la que proteja de forma más amplia los derechos fundamentales de la persona afectada; la misma regla se aplica en materia jurisdiccional, lo que supone que ante dos posibles soluciones en un conflicto jurisdiccional, el juez o tribunal que esté conociendo del caso debe resolver eligiendo la solución que más proteja los derechos fundamentales. De lo que se alcanza a entender de la tesis, parece que el Tribunal Electoral adoptó una posición restrictiva y no tuvo en cuenta los dos factores que se acaban de mencionar.

5. Temas pendientes en México en materia de libertad religiosa

Conforme a la idea de mantener separados al poder civil y al poder eclesiástico, el Estado mexicano debe permanecer neutral con respecto a cualquier religión, tolerando toda manifestación de culto religioso que no vaya en contra de los derechos fundamentales o de las leyes penales. Así parece reconocerlo el artículo 3o. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, al señalar que

El Estado mexicano es laico. El mismo ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual o colectiva, sólo en lo relativo a la observancia de las le-

³³⁴ Ver también el artículo 60. de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

yes, conservación del orden y la moral públicos y la tutela de los derechos de terceros. El Estado no podrá establecer ningún tipo de preferencia o privilegio en favor de religión alguna. Tampoco en favor o en contra de ninguna Iglesia o agrupación religiosa. Los documentos oficiales de identificación no contendrán mención sobre las creencias religiosas del individuo.

Ahora bien, el hecho de que se reconozca y defienda la neutralidad del Estado y la necesidad de que México se mantenga en consecuencia como un Estado laico, no significa que no existan temas que se encuentran en la frontera de discusión sobre el significado de la laicidad en el Estado contemporáneo y que tienen que ver, en opinión de algunos, con el contenido de la libertad religiosa. Seguramente por motivos históricos, la discusión sobre las relaciones entre el Estado y las iglesias en México han estado cargadas de prejuicios; una democracia madura (a la que todavía no llegamos, pero que es a la que tenemos que seguir aspirando) debe tener la capacidad suficiente para discutir con libertad todos los temas, por difíciles que puedan ser. En este contexto es que debemos afrontar los temas pendientes en materia de libertad religiosa.

A continuación, siguiendo el punto de vista de José Luis Soberanes,³³⁵ nos detenemos en el análisis de dos importantes cuestiones:

A. La objeción de conciencia

Un tema pendiente de resolver en México, sobre el que ha llamado la atención la doctrina, es el de la objeción de conciencia.³³⁶ La objeción de conciencia, para decirlo sintéticamente, tiene por objeto eximir del cumplimiento de ciertos deberes u obligaciones impuestos por la ley en virtud de que dichos deberes pueden afectar a la libertad de conciencia o a la libertad religiosa de algunas personas. En muchos países la objeción de conciencia se ha aplicado, por ejemplo, para eximir a ciertas personas del cumplimiento del servicio militar.³³⁷

La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público parece tomar una postura contraria a la objeción de conciencia, al señalar en su artículo 1o. que “las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas por las leyes”. Este texto parece un poco sim-

³³⁵ *El derecho de libertad religiosa*, cit., pp. 60 y ss.

³³⁶ Como introducción al tema, puede verse la obra colectiva *Objeción de conciencia*, México, IIJ-UNAM, 1998.

³³⁷ Ver, por ejemplo, Cámara Villar, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Madrid, Civitas, 1991.

plista y además, bajo determinadas circunstancias, puede resultar inconstitucional, por ejemplo si un deber legal afecta o restringe el contenido de la libertad consagrada en el artículo 24 constitucional.

La objeción de conciencia pone de manifiesto uno de los problemas fundamentales de la filosofía del derecho: el de la obediencia al derecho. La pregunta fundamental es: ¿debemos cumplir una ley que nos obliga a dejar a un lado nuestras creencias filosóficas o religiosas más profundas? Desde luego, es obvio que el derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión no puede alcanzar para eximir a alguna persona de cumplir con un deber que le impone la misma Constitución, pero ¿qué sucede con los deberes que impone un ordenamiento subconstitucional?

No hay respuestas fáciles a estas preguntas, cuya relevancia y profundidad requerirían sin duda un tratamiento muy detenido y extenso, que sobrepasa con creces las posibilidades de este libro. En México hay un caso concreto que ha puesto a prueba la extensión de la libertad religiosa y que ha arrojado bastante luz acerca de la necesidad de regular la objeción de conciencia: se trata del caso de los Testigos de Jehová en relación a los honores que deben rendirse a la bandera nacional. Vale la pena analizarlo con algún detenimiento.³³⁸

El artículo 15 de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales dispone que en las instituciones de enseñanza elemental, media y superior se rindan honores a la Bandera Nacional al inicio y fin de curso, así como todos los lunes del periodo lectivo. La obligación de rendir culto a los símbolos patrios está prohibida por las creencias religiosas de los Testigos de Jehová puesto que la entienden como una idolatría a un símbolo político y mundano, lo cual resulta inaceptable para ellos.

Como respuesta a la falta de participación de niños que pertenecían a los Testigos de Jehová en las ceremonias que indica el artículo 15 de la Ley sobre el Escudo se suscitaron a partir de los años 90 expulsiones de esos menores de diversas escuelas primarias públicas en todo el país.

Los datos demuestran la dimensión del problema. Entre 1990 y 1991 se interpusieron 72 amparos contra expulsiones escolares decretadas por el motivo que se acaba de apuntar; en esos años sufrieron esa medida poco más de 3,700 alumnos. Gracias la intervención de los jueces federales y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, las expulsiones fueron bajando sensiblemente en los años siguientes, pero se siguen produciendo en al menos 12 estados de

³³⁸ En lo que sigue me basaré fundamentalmente en el excelente trabajo de Martínez Torró, Javier, "Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores a la bandera en México", *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, núm. 117, México, abril de 2000, pp. 7 y ss.

la República; en el ciclo escolar 1999-2000 todavía se adoptaron medidas sancionadoras por este tema, mismas que afectaron a más de 200 niños.³³⁹ La Comisión Nacional de los Derechos Humanos recibió desde junio de 1991 hasta marzo de 2003 1,110 quejas sobre el tema.

Originalmente, el Poder Judicial federal consideró que no había violaciones constitucionales en la expulsión de los Testigos de Jehová, por ejemplo en la tesis siguiente:

ESCUDO, LA BANDERA Y EL HIMNO NACIONALES, LEY SOBRE EL. NO SE VIOLAN GARANTÍAS CONSTITUCIONALES AL SEPARAR A UN ALUMNO DE SU ESCUELA POR INCUMPLIRLA. Los acuerdos que las autoridades educativas adopten para separar a los alumnos con base en la Ley del Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, no violan garantías en su perjuicio porque si por imperativos concernientes a su convicción de conciencia de una fe religiosa se permitiera a los que la profesan apartarse de las normas jurídicas que regulan el comportamiento de toda la sociedad, equivaldría someter la vigencia de esas normas, a la aprobación del individuo, lo que a su vez pugnaría con el acto de creación del derecho por parte de la comunidad. Así, tales acuerdos apoyados en que el alumno, so pretexto de pertenecer a los “Testigos de Jehová” omite rendir honores a los símbolos patrios contemplados en la invocada Ley, no trasgreden los artículos 30., 14 y 24 constitucionales. El 30. porque no se está impidiendo en forma absoluta el ingreso a las instituciones educativas, sino que únicamente se trata de preservar el espíritu de ese precepto derivado de la titularidad que se confiere al Estado para la conducción de la tarea educativa; el 14, porque si la educación como garantía individual de los mexicanos, está al margen de toda creencia, dogma o doctrina religiosa, no rige el principio de previa audiencia para que los alumnos sean separados de las escuelas, pues de escucharlos implicaría el absurdo de darles oportunidad de oponerse a las disposiciones reguladoras de la disciplina interna del plantel, bajo argumento de su fe de la secta denominada “Testigos de Jehová”; el 24, porque de conformidad con este artículo las ceremonias o devociones del culto religioso, se circunscriben a los templos o domicilios particulares, de modo que no es admisible que se traduzcan en prácticas externas que trasciendan en el ámbito social del individuo. Tesis aislada, *Seminario Judicial de la Federación*, t. V, segunda parte-1, enero a junio de 1990, octava época, tribunales colegiados de circuito, p. 209.

En decisiones posteriores, los jueces federales han matizado el anterior criterio, llegando a sostener la inconstitucionalidad de las expulsiones,³⁴⁰ aunque sobre el tema no se ha pronunciado todavía la Suprema Corte.

³³⁹ Martínez Torrón, Javier, “Los testigos...”, cit., p. 8.

³⁴⁰ Soberanes, José Luis, *El derecho de libertad...*, cit., pp. 69-70.

En 1992 la CNDH realizó un estudio y concluyó que las expulsiones de menores en escuelas públicas eran contrarias a la Constitución; curiosamente, sin embargo, la CNDH no utilizó el argumento de la libertad religiosa ni consideró la posibilidad de reconocer una legítima objeción de conciencia por parte de los Testigos de Jehová, sino que se apoyó en el derecho a la educación reconocido por el artículo 3o., así como en el carácter obligatorio de la educación básica.³⁴¹ Luego de ese estudio de la CNDH varias comisiones estatales de derechos humanos emitieron recomendaciones en el mismo sentido, aportando algunas de ellas sus propios matices,³⁴² entre los que se incluye un mayor protagonismo del artículo 24 para fundamentar la inconstitucionalidad de las expulsiones.³⁴³ También han aceptado el criterio de la CNDH las autoridades educativas, las cuales han considerado improcedente la expulsión del alumno, pero han decidido aplicar sanciones en forma de disminución de calificaciones en las materias de conducta o civismo.³⁴⁴

A mediados de mayo de 2003, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió una muy relevante Recomendación General, la número 5/2003, cuyo tema principal es “la discriminación en las escuelas por motivos religiosos”. La Recomendación está dirigida a los gobernadores de las entidades federativas y al secretario de Educación Pública del gobierno federal.

En esta Recomendación General la Comisión precisa de forma muy acertada que no solamente la expulsión de la escuela es una sanción contraria a los derechos fundamentales de los menores, sino que también lo es cualquier otro tipo de sanción, puesto que vulnera el principio de no discriminación por razones religiosas del artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución, el artículo 3o. constitucional que recoge el derecho a la educación y la obligatoriedad de la educación preescolar, primaria y secundaria, el artículo 16 de la carta magna porque las sanciones no tienen fundamento jurídico alguno y el artículo 24 del mismo ordenamiento porque con ellas de hecho se está impidiendo la libertad de creencias. Como se puede observar, la Comisión con esta Recomendación precisa, afina y detalla el camino que el mismo órgano había abierto años atrás, ensanchando de esa manera la libertad de creencias en México.

En el texto de su Recomendación General la Comisión afirma que

La diferencia que presenta el credo de los alumnos testigos de Jehová, debe ser respetada por toda la comunidad escolar, porque en la medida en que sus miembros

³⁴¹ Martínez Torrón, Javier, “Los testigos...”, *cit.*, p. 57.

³⁴² *Ibidem*, pp. 59 y ss.

³⁴³ *Ibidem*, p. 61.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 62.

acepten y comprendan al otro, los centros educativos del país formarán individuos preparados para insertarse en una sociedad plural y cambiante, que debe tener como valor principal el respeto a la dignidad humana. Los criterios que rigen la educación que imparte el Estado no pueden desarrollarse en un entorno donde se discrimina y se sanciona a los individuos por sus creencias religiosas.

Más adelante, dentro del mismo texto, se afirma que

tratar de manera desigual a los educandos por una creencia originada en una diferencia cultural resulta poco pedagógico y refleja incapacidad para entender y aceptar una realidad cada vez más compleja de la sociedad mexicana. Así, castigar la diversidad, puede ser el camino más corto para convertir la diferencia en un conflicto político o social.

Un problema distinto al que se acaba de narrar es el que se ha presentado cuando los Testigos de Jehová son los maestros y no los alumnos. En ese caso, algunos profesores se han negado a participar en los honores a la bandera y han recibido como sanción la rescisión unilateral de la relación laboral. Sobre este último caso sí ha tenido oportunidad de pronunciarse la Suprema Corte al resolver una contradicción de tesis entre dos tribunales colegiados; en el criterio de la Corte, los profesores no pueden dejar de cumplir con el deber legal de fomentar en sus alumnos la costumbre de rendir honores a la bandera y el amor a la patria, y si lo hicieran alegando su pertenencia a los Testigos de Jehová incurrirían en varias hipótesis de las que prevé la Ley Federal de los Trabajadores al Servicios del Estado para ser cesados.³⁴⁵

La Recomendación General número 5/2003 aborda de manera muy sucinta el caso de los profesores, aunque concluye que también para ellos se deben tomar medidas que protejan su libertad religiosa; en opinión de la Comisión los docentes tampoco pueden ser sancionados por no participar en las ceremonias cívicas y por no rendir honores a los símbolos patrios. La Comisión considera que si por esa razón se le aplicaran sanciones a algún docente se violarían además de los preceptos que ya se han señalado en el caso de los alumnos, el artículo 5o. que establece la libertad de trabajo. Desde mi punto de vista, el criterio de la Comisión comprende de mejor manera el sentido y alcance de la libertad religiosa que el expuesto por la Suprema Corte, la cual debería de tomar en cuenta el contenido de la Recomendación General 5/2003 para modificar su criterio tan pronto como le sea posible.

³⁴⁵ Soberanes, José Luis, *El derecho de libertad..., cit.*, pp. 70 y 71.

Problemas semejantes a los que se acaban de analizar se han suscitado también en otros países, en los que se han producido interesantes respuestas por parte de los jueces constitucionales; algunas de ellas serán revisadas en el apartado referido a la libertad religiosa en el derecho comparado. De momento, conviene subrayar la necesidad y pertinencia de que, dentro de los sistemas jurídicos de Estados democráticos, las leyes no puedan imponerse siempre y en cualquier caso sobre la conciencia de los ciudadanos, de forma que el propio ordenamiento prevea supuestos de excepción a través del reconocimiento de la objeción de conciencia.³⁴⁶

El caso de los Testigos de Jehová es especialmente notable y ha detonado en buena medida el debate sobre la cuestión de la objeción de conciencia, pero la reflexión sobre el tema debe tener un carácter más amplio, incluso para ser encuadrado no solamente como una parte de la libertad religiosa, sino también y sobre todo como una manifestación concreta de la libertad ideológica.

Pensemos por ejemplo en el caso del aborto; si un médico que trabaja para un hospital público tiene como una de sus creencias más íntimas el que la vida se debe proteger desde el momento de la concepción, ¿podríamos sancionarlo por no querer llevar a cabo una interrupción del embarazo permitida por la ley? O si otra persona considera profundamente inhumanas las acciones bélicas, ¿podríamos obligarlo a prestar el servicio militar y a capacitarse para desempeñar una tarea que considera del todo negativa?

Imaginemos el caso de un estudiante de medicina o de un empleado de un laboratorio médico que se oponen a realizar prácticas de experimentación que consistan en la vivisección de animales, o en operaciones de manipulación genética; ¿sería legítimo imponerles una sanción (de orden laboral o administrativo, por ejemplo) por negarse a participar en actividades que afectan a sus creencias y a la representación axiológica que tienen del mundo y de la vida? Recordemos que también en materia de ejercicio periodístico existe la llamada “cláusula de conciencia”, para poner a salvo las convicciones de un comunicador frente a los intereses de la empresa para la que trabaja.³⁴⁷

En el capítulo sexto de este libro se abundará en el tema, puesto que la teoría de los derechos colectivos y, más en general, la discusión sobre el multiculturalismo, deben enfrentar justamente estos dilemas, que sin bien no son sencillos se están presentando con mucha frecuencia en nuestros Estados democráticos, por lo que debemos comenzar a imaginar la mejor forma de resolverlos.

³⁴⁶ Sobre las alternativas concretas por medio de las que se podría dar este reconocimiento, Martínez Torró, Javier, “Los testigos...”, cit., pp. 76 y ss.

³⁴⁷ Sobre la cláusula de conciencia de los periodistas se ha abundado en el apartado relativo a la libertad de prensa, incluido en este capítulo.

Para demostrar las dificultades que genera este tema conviene adelantar a lo que se dirá en el mencionado capítulo sexto las preguntas que aporta Dieter Grimm, citado por Habermas, varias de las cuales guardan estrecha relación con la libertad religiosa y sus límites:

¿Puede llevar turbante un motociclista *sij* apelando a su deber religioso y quedar así exento de la obligación general de llevar casco? ¿Se le tiene que servir comida *kosher* a un preso judío? ¿Tiene derecho un trabajador musulmán a interrumpir su jornada laboral para realizar sus oraciones? ¿Puede ser despedido un trabajador por ausentarse del trabajo en las fiestas mayores de su comunidad religiosa?... ¿Tiene derecho una alumna musulmana a ser eximida de las clases de educación física porque a ella no le está permitido mostrarse ante los otros alumnos en traje de deporte? ¿Puede llevar pañuelo en la escuela una alumna musulmana?... ¿Se les tiene que prohibir aquí la poligamia a los mormones, cuando en su país de origen se les permite?³⁴⁸

Los ejemplos con seguridad podrían multiplicarse. Lo que está en juego, en el fondo, es el peso de las creencias y convicciones de cada persona frente al poder del Estado para imponer obligaciones, algunas de las cuales pueden afectar de manera sensible dichas creencias. En la mayor parte de los casos no se podrán adoptar soluciones definitivas y los ordenamientos jurídicos tendrán que permanecer abiertos a los cambios que se vayan generando en la sociedad; bajo cualquier perspectiva, conviene en este punto recordar el carácter contramayoritario de los derechos fundamentales, que operan también como un reducto de las creencias personales que debe ser inexpugnable para el poder público.

Por otro lado, hay que recordar que en los Estados democráticos el derecho no puede imponerse simplemente por la pura fuerza física de la coacción estatal, sino que tiene sobre todo que convencer a sus destinatarios de la bondad, utilidad o pertinencia de cumplir con la norma; es de este convencimiento del que se puede derivar una obligación ya no jurídica, sino ética de cumplir con lo dispuesto por el ordenamiento; el consenso es una de las mejores fuentes que tiene un Estado para exigir el acatamiento por parte de los ciudadanos de la legislación democráticamente creada y aplicada.

La objeción de conciencia, como ha subrayado parte de la doctrina que ha estudiado el tema, guarda alguna semejanza con la desobediencia civil. La primera, sin embargo, tiene un carácter marcadamente individual y, aunque per-

³⁴⁸ Habermas, Jürgen, “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, *cit.*, p. 10, nota al pie 18.

mite que una persona no cumpla con alguna norma determinada que le impone una obligación, no tiene por objetivo final la modificación o abolición del ordenamiento jurídico, sino simplemente la exención de un deber en virtud de que entra en conflicto con alguna creencia o convicción personal.

La desobediencia civil, por su parte, tiene un carácter más bien colectivo, que puede tener por objetivo la derogación de una norma, o una protesta por determinadas actuaciones del gobierno, o expresar la disconformidad de un grupo de personas hacia un determinado fenómeno social.

En la mayor parte de los ordenamientos modernos la objeción de conciencia se contempla como un derecho individual, mientras que la desobediencia civil suele ser una cuestión de hecho; en consecuencia, la primera tendría cobertura jurídica, mientras que la segunda no. Sin embargo, algunos ordenamientos sí contemplan a la desobediencia civil como un derecho. Tal es el caso de las Constituciones portuguesa y alemana, que suministran un par de ejemplos relevantes sobre la forma de regular este derecho. La primera de ellas, en su artículo 21, dispone que “Todos tendrán derecho a resistir cualquier orden que atente a sus derechos, libertades y garantías y a repeler por la fuerza cualquier agresión, cuando no fuere posible acudir a la autoridad pública”. La segunda, en su artículo 20.4, establece que “Todo alemán tendrá el derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden constitucional”.

La resistencia a la opresión no fue desconocida por el constitucionalismo de finales del siglo XVIII; cabe recordar, por ejemplo, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, establecía que “La resistencia a la opresión es la consecuencia de los demás derechos del hombre” (artículo 33) y señalaba que “Hay opresión contra la sociedad cuando uno solo de sus miembros está oprimido. Hay opresión contra cada miembro cuando la sociedad está oprimida” (artículo 34); la consecuencia de lo anterior, de acuerdo con la misma Declaración, era clara: “Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada parte de él el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes” (artículo 35).

Es importante apuntar que, como escribe Gerardo Pisarello,

bajo ciertas prevenciones, el modelo del Estado constitucional democrático admite ciertas manifestaciones de desobediencia civil, habida cuenta de que ningún derecho, ni siquiera el democrático representativo, genera una obligación definitiva de obediencia moral. De ahí la posibilidad de la resistencia no violenta, de la protesta, entendidas incluso como mecanismos de defensa de la Constitución, en especial cuando se producen evidentes abusos de órganos ejecutivos y legislativos y la juris-

dicción constitucional se encuentra bloqueada o bien actúa subordinada a los demás poderes.³⁴⁹

O para decirlo con las palabras de Habermas,

Una constitución democrática concebida como proyecto de realización de iguales derechos cívicos tolera la resistencia del disidente que tras el agotamiento de todas las vías jurídicas combate las decisiones legítimamente aprobadas, aunque siempre con la condición de que los ciudadanos “desobedientes” han de justificar su resistencia de manera plausible a partir de los principios constitucionales y han de ejercitárla de manera pacífica, es decir, con medios simbólicos.³⁵⁰

B. *La impartición de contenidos religiosos en las escuelas públicas*

Un punto muy sensible en el debate sobre la libertad religiosa es el que tiene que ver con la posibilidad de que en las escuelas públicas se imparten contenidos de educación religiosa.³⁵¹ El ordenamiento jurídico mexicano de momento no lo permite, puesto que la fracción I del artículo 3o. constitucional señala con claridad que “Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación (se refiere a la que imparte el Estado) será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa”. En las escuelas particulares sí se podrán transmitir contenidos religiosos, como se desprende de la lectura del inciso a) de la fracción VI del mismo artículo 3o.

Es importante señalar que lo que se discute no es si *toda* la educación tendrá una orientación religiosa, sino simplemente si entre las materias que confor-

³⁴⁹ “Notas sobre constitucionalismo y conflictividad social”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 22, 1998, pp. 281 y 282; sobre las relaciones entre derecho y moral y en general sobre los fundamentos para reclamar la obediencia a las normas jurídicas, Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998; sobre la discusión y eventual fundamentación filosófica de la desobediencia civil, de entre lo mucho que se ha escrito, Bobbio, Norberto, “La resistencia a la opresión, hoy”, en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 276 y ss., así como Garzón Valdés, Ernesto, “El problema de la desobediencia civil”, en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 611 y ss.; para un análisis del caso español, Falcón y Tella, María José, “La desobediencia civil y la Constitución española de 1978: ¿un derecho a la desobediencia?”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. III.

³⁵⁰ “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, *cit.*, p. 6.

³⁵¹ Se trata de un tema que se está debatiendo desde hace años en varios países; para una aproximación al debate que se ha suscitado en España, que en parte ha tenido un cierto eco en México, puede verse Lorenzo Vázquez, Paloma, *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Madrid, CEPC, 2001.

man el currículum escolar se podrá incluir la enseñanza religiosa. La distinción es importante ya que si lo que se quisiera es lo primero entonces las iglesias tomarían por completo el control de los procesos educativos, imponiendo sus propios puntos de vista en materias como biología, civismo, química, etcétera. En el segundo caso lo único que se busca es crear una materia adicional, en la que los alumnos que quieran (ellos o sus padres o tutores, como es obvio) puedan recibir contenidos religiosos.³⁵²

De acuerdo con José Luis Soberanes, la prohibición actualmente existente en México de impartir educación en las escuelas públicas genera discriminación hacia las familias de menores recursos, ya que las obliga a inscribir a sus hijos en escuelas privadas para que reciban educación religiosa acorde con sus convicciones, lo cual tiene un impacto negativo evidente en sus ingresos en virtud de las cargas económicas que exigen la mayor parte de las escuelas privadas en México. En los hechos, la gran mayoría de personas no cuenta con la opción de acceder a educación privada, pues simplemente no puede pagarla. La disposición del artículo 30. que se ha comentado generaría, para este autor, una “terrible injusticia”.³⁵³

Para comprender el tema hay que recordar que el párrafo 4 del artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que “Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. ¿Este derecho supone la obligación para los Estados de incorporar educación religiosa en las escuelas públicas? Desde mi punto de vista, y a reserva de lo que enseguida se expone sobre el pensamiento de Will Kymlicka, el contenido de este precepto permite que los padres puedan tener la opción de acceder a educación religiosa, lo cual supone que el Estado debe respetar a las escuelas confesionales; pero de su sentido no puede derivarse contundentemente la obligación del Estado para que dentro de las escuelas públicas se imparten contenidos religiosos.

Algunos autores, como Kymlicka, sostienen puntos de vista contrarios a los que expone Soberanes y defienden la pertinencia de que la educación pública se mantenga ajena a cualquier doctrina religiosa.

Para Kymlicka,

los colegios públicos no enseñan civilidad diciendo únicamente a los estudiantes que sean buenos, sino insistiendo también en que los estudiantes se sienten junto a

³⁵² El análisis de esta distinción puede verse en Lorenzo Vázquez, Paloma, *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, cit., pp. 97 y ss.

³⁵³ *El derecho de libertad...*, cit., p. 61.

otros estudiantes de razas y religiones diferentes y cooperen con ellos en los trabajos escolares o en los equipos deportivos... No basta simplemente con decir a los estudiantes que la mayoría de las personas no comparte su religión. Basta con que uno se vea rodeado de personas que comparten el credo propio, para que pueda sucumbir a la tentación de pensar que todo aquel que rechace la religión que uno ha abrazado es en cierto modo ilógico o depravado.³⁵⁴

Una educación dirigida a formar verdaderos ciudadanos, sostiene este autor, requiere la neutralidad educativa en materia religiosa, de forma que no puedan existir “escuelas católicas” o “escuelas judías”, o al menos que esas escuelas no se mantengan con fondos públicos. Kymlicka recuerda que la razón por la que algunos grupos religiosos han buscado crear instituciones educativas privadas (a menudo con éxito, si juzgamos a partir del caso mexicano) es por el temor a que si los menores acuden a escuelas públicas puedan cuestionar sus prácticas tradicionales, al estar expuestos a un currículo escolar que promueve con mayor énfasis la autonomía del individuo respecto a todo tipo de creencia o prejuicio.³⁵⁵

Desde un punto de vista más general, puede decirse que la relación entre escuelas públicas y religión ha generado intensos debates en varios países, incluso en algunos que históricamente se han caracterizado por la defensa y promoción de los derechos fundamentales. A reserva de analizar algunas cuestiones que se han dado en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, conviene en este momento mencionar dos casos concretos que me parecen que son interesantes y que se dieron en Francia y en Alemania.³⁵⁶

En Francia, se prohibió a las alumnas musulmanas asistir a clase con el pañuelo en la cabeza, con el argumento de que ese acto ponía en entredicho la neutralidad que el Estado francés tenía que guardar frente a todas las religiones; se argumentó que la religión era un fenómeno propio de la vida privada y que la educación pública no podía permitir que una minoría religiosa se ostentara en las aulas como tal y obtuviera de esa forma un reconocimiento público. Este tipo de decisiones son notablemente contrarias a la libertad religiosa, pues

³⁵⁴ Kymlicka, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 356.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 363.

³⁵⁶ Ambos casos son mencionados por Habermas, Jürgen, “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, *cit.*, p. 11 y se encuentran más ampliamente desarrollados en Velasco, Juan Carlos, “El crucifijo en las escuelas. Sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997, y en Álvarez, Silvina, “Los derechos de la mujer en un pañuelo”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 123, junio de 2002.

no parecen situarse en ninguno de los supuestos de excepción que existen para limitar la manifestación de la propia religión.

No se puede pensar que la presencia de una alumna con pañuelo dentro de un grupo en clase represente una quiebra del principio del igual respeto a todas las religiones, pues de ninguna manera se estaban poniendo en duda las creencias de los demás; de la misma forma, tampoco rompe el principio de que la educación debe impartirse en condiciones de igualdad, puesto que la pura presencia no altera la predominante posición laicista y neutral en el proceso educativo.³⁵⁷

Para demostrar lo equivocado de la decisión, pensemos en el caso de otros alumnos que lleven colgado en el cuello un crucifijo o, como sucede en México, que lleven pegada en su maleta escolar una representación de la Virgen de Guadalupe. ¿Podrían las autoridades educativas obligar a los menores a no llevar esos objetos a clase?

Diferente es, creo, el caso alemán. En Alemania, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia el 16 de mayo de 1995 en la que declaraba inconstitucional un artículo del reglamento escolar para las escuelas públicas en el *Land* de Baviera que permitía que en las escuelas públicas pudieran ponerse crucifijos;³⁵⁸ algunos padres de familia consideraron contrario a su libertad religiosa y a la de sus hijos que desde las escuelas públicas se patrocinara un símbolo que pertenecía sobre todo a la religión católica. Las autoridades educativas alegaron que el crucifijo era una representación no solamente religiosa, sino también de los valores occidentales, los cuales podían desde luego ser promovidos por la escuela pública en tanto que representaban formas de vida ampliamente compartidas en Alemania.

El Tribunal, al darle la razón al demandante ordenó quitar de las aulas de escuelas públicas todos los crucifijos y cruces, aunque matizó su criterio al permitir que permanecieran dichos símbolos siempre y cuando los padres, profesores y alumnos por unanimidad absoluta así lo decidieran. Aparte del sentido concreto del fallo, la sentencia puso en la mesa de discusión el concepto de laicidad del Estado, puesto que a partir del criterio que contiene puede válidamente preguntarse qué sucede con los otros lugares públicos en los que también hay símbolos religiosos, como lo puede ser un hospital, un cuartel, o el despacho de una autoridad.

A diferencia del caso francés, me parece que la sentencia alemana tiene mucha razón de ser, no solamente como consecuencia directa de la aplicación del

³⁵⁷ Álvarez, Silvina, "Los derechos de la mujer en un pañuelo", *cit.*, p. 37.

³⁵⁸ Los pasajes más importantes de la sentencia pueden verse en Schwabe, Jürgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, Fundación K. Adenauer, 2003, pp. 118-125.

principio de separación entre la iglesia y el Estado, sino también como defensa de la más concreta libertad de profesar o no una religión, por un lado, y de no imponer o patrocinar desde las instituciones estatales ningún tipo de creencia. Respecto a lo primero hay que recordar que quien interpuso la demanda (el señor Ernst Seler, padre de tres alumnos de una escuela pública de Baviera) argumentó que los crucifijos en las aulas habían generado traumas en sus hijos, como consecuencia de la diaria contemplación de “un cuerpo masculino moribundo”;³⁵⁹ es decir, si para los menores la figura de Cristo no tenía ningún sentido místico o religioso, era obvio que no tenían por qué padecer la incómoda visión de una figura que transmite sobre todo una sensación de sufrimiento o incluso de tortura; su remoción, en este sentido, coincide con el respeto a no profesar ninguna creencia religiosa sin tener que padecer algún tipo de consecuencia negativa por ello.³⁶⁰

6. *La libertad religiosa en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional comparado*

En el derecho internacional de los derechos humanos son varios los preceptos que tienen por objeto regular y proteger la libertad religiosa. Entre los más importantes se pueden mencionar el artículo 18 de la Declaración Universal de 1948, cuyo texto establece que la libertad de religión incluye “la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. La libertad religiosa también está prevista en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha emitido una Observación General a propósito del artículo 18 del Pacto y en ella ha hecho referencia concretamente al apartado 4 de dicho Pacto, que establece que “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación

³⁵⁹ Velasco, Juan Carlos, “El crucifijo en las escuelas...”, *cit.*, p. 36.

³⁶⁰ La Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que resolver un caso que involucraba una cuestión parecida a la resuelta por el Tribunal Constitucional alemán; se trata del caso *Wallace vs. Jaffree* de 1985, en donde la Corte tuvo que decidir si la queja de un padre de familia sobre la obligación que les imponía una ley de Alabama a los alumnos de realizar cada día una meditación silenciosa o un rezo era o no constitucional. La parte más interesante de la sentencia puede verse en O’Brien, David M., *Constitutional Law and Politics. Volume two. Civil Rights and Civil Liberties*, *cit.*, pp. 705-715.

religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”; me refiero a la Observación General número 22, adoptada en 1993.³⁶¹

Como vimos en el apartado anterior, una de las cuestiones debatidas en México sobre la libertad religiosa es la que tiene que ver con si el Estado debe impartir directamente educación con contenidos religiosos o solamente permitir que la imparten los particulares conforme a sus propias creencias. Desde el ámbito teórico, como ya se señaló, no parece haber acuerdo al respecto, y el tema no está resuelto tampoco de forma clara en el derecho internacional de los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos de la ONU se ha mostrado ambiguo al respecto; en su Observación General número 22 afirma lo siguiente:

El Comité opina que el párrafo 4 del artículo 18 permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores.

Aunque no se puede sostener de manera contundente, a partir de la anterior interpretación del artículo 18, párrafo 4, que hace el Comité, se podría inferir que el Estado no está obligado a proporcionar educación con contenidos religiosos y que, si decide hacerlo, debe prever una serie de condiciones (excepciones o alternativas) que no pongan en riesgo la libertad religiosa de todos los alumnos. El mismo criterio se ha sostenido al interpretar una disposición semejante contenida en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁶²

En el ámbito regional de América Latina hay que destacar el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que luego de reproducir casi literalmente el contenido del artículo 18 de la Declaración Universal, señala:

³⁶¹ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, cit., pp. 435 y ss.

³⁶² Ver la Observación General núm. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 28; se puede consultar en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, cit., p. 583.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o púpilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Algunos instrumentos sectoriales de derecho internacional de los derechos humanos también hacen referencia a la libertad religiosa. Así, el artículo 12 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1990, establece que

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Ese derecho incluirá la libertad de profesar o de adoptar la religión o creencia de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos a coacción alguna que limite su libertad de profesar y adoptar una religión o creencia de su elección.

3. La libertad de expresar su propia religión o creencia sólo podrá quedar sometida a las limitaciones que se establezcan por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral públicos o los derechos y las libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a respetar la libertad de los padres, cuando por lo menos uno de ellos sea trabajador migratorio, y, en su caso, de los tutores legales para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño de 1989, reconoce en su artículo 14 lo siguiente:

1. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger

a la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

A nivel del derecho constitucional de otros países, aparte de lo que se dijo en el apartado anterior sobre los casos de Francia y Alemania, se puede destacar el artículo 5o. de la Constitución brasileña de 1988, el cual detalla, en sus fracciones VI, VII y VIII, algunos de los aspectos de las libertades de conciencia, religión y culto. Su texto es el siguiente:

VI. Es inviolable la libertad de conciencia y de creencia, estando asegurado el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantizada, en la forma de la ley, la protección de los locales de culto y sus liturgias; VII. Queda asegurada, en los términos de la ley, la prestación de asistencia religiosa en las entidades civiles y militares de internamiento colectivo; VIII. Nadie será privado de derechos por motivo de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo si las invocara para eximirse de obligación legal impuesta a todos y rehusase cumplir la prestación alternativa, fijada en ley.

Este precepto es interesante porque recoge el derecho a la asistencia religiosa dentro de las instituciones de “internamiento colectivo”, es decir, dentro de las unidades de las fuerzas armadas, los hospitales o las cárceles. Este aspecto de la libertad religiosa es especialmente importante, por muchos motivos.

En primer lugar porque en ese tipo de lugares se pueden dar mayores necesidades de asistencia y alivio espirituales, en virtud de las situaciones especialmente difíciles que las personas pueden estar viviendo; en segundo término porque al no tener la libertad de buscar un sitio alternativo para profesar sus creencias religiosas, las personas que están en ellos deben contar con medios suficientes para hacerlo en el lugar en el que se encuentran (lo cual puede suponer para el Estado la obligación de organizar o en su caso permitir un sistema de asistencia religiosa realizada *in situ*); en tercer término porque no puede desprenderse que, por el hecho de ver limitados algunos de sus derechos, una persona no pueda gozar de los demás (como sería el caso de los presos, que no por carecer del derecho a la libertad deambulatoria deben ver restringida su libertad religiosa).

En México, una disposición parecida en cuanto al objetivo del precepto que se acaba de transcribir de la Constitución del Brasil, se encuentra en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la cual considera como una conducta discriminatoria el “Negar asistencia religiosa a personas privadas de la libertad, que presten servicio en las fuerzas armadas o que estén internadas en instituciones de salud o asistencia” (artículo 9o., fracción XVII).

Como ya se ha mencionado, el origen histórico de la libertad religiosa como derecho fundamental se encuentra en las revoluciones francesa y americana; en los Estados Unidos, la libertad religiosa es el derecho que abre el llamado *Bill of Rights* de la Constitución Federal.

La Primera Enmienda contiene dos distintas disposiciones: en primer lugar establece que el Congreso no podrá dictar ninguna ley en la que se establezca una religión oficial (lo que se conoce como la *establishment clause*); la segunda disposición indica que no se podrá prohibir el libre ejercicio de la religión (lo que se conoce como la *free exercise clause*). Conviene tener presente esta distinción, puesto que ha marcado en buena medida los diversos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema en los Estados Unidos.

En la aplicación de la Primera Enmienda la Suprema Corte de ese país ha dictado sentencias muy importantes; realizar un análisis detenido de todas ellas sobrepasa con creces las posibilidades de este libro, pero tal vez sea útil revisar algunos pronunciamientos destacados, varios de los cuales ameritan al menos una mención informativa. En general puede decirse que la Corte ha sido muy variable en sus posiciones, pues de la misma manera que ha adoptado posturas muy liberales, que han protegido con gran amplitud la libertad religiosa, también ha asumido criterios bastante restrictivos, violatorios de dicha libertad según lo ha puesto de manifiesto parte de la doctrina.³⁶³

En una decisión de 1947,³⁶⁴ la Suprema Corte de los Estados Unidos, bajo la ponencia del juez Hugo Black, definió los alcances de la libertad religiosa; en una exposición memorable, Black escribió que la *establishment clause* significa que ni el gobierno federal ni los estatales pueden levantar una iglesia, ni tampoco aprobar leyes que ayuden a una religión, a todas las religiones o que prefieran a una religión sobre otra. No pueden forzar a una persona a ir o no ir a una iglesia en contra de su voluntad o forzarla a profesor o dejar de profesor una creencia de cualquier religión. Ninguna persona puede ser castigada por tener

³⁶³ Un completo panorama de la cuestión se puede ver en Urofsky, Melvin, *Religious Freedom. Rights and Liberties under the Law*, Santa Bárbara, ABC-CLIO, 2002, que le dedica un capítulo entero a la *establishment clause* (cap. 3, pp. 53 y ss.) y otro a la *free exercise clause* (cap. 4, pp. 113 y ss.). Tanto en el libro de Urofsky como en otros puede encontrarse el texto de las sentencias más relevantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de libertad religiosa; por ejemplo en Patrick, John J. y Long, Gerald P. (eds.), *Constitutional Debates on Freedom of Religion*, Westport, Greenwood Press, 1999. El tema de la libertad religiosa se aborda en todos los manuales de derecho constitucional de los Estados Unidos; por ejemplo en O'Brien, David M., *Constitutional Law and Politics. Volume two. Civil Rights and Civil Liberties*, pp. 655 y ss., y en Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2a. ed., cit., pp. 1154 y ss.

³⁶⁴ Sigo la exposición de Urofsky, obra citada.

o profesar creencias o por ir o dejar de ir a la iglesia. Ningún impuesto, en ninguna cantidad, grande o pequeña, puede ser cobrado para mantener ninguna actividad o institución religiosas, se llamen como se llamen y cualquiera que sea la forma que adopten para enseñar o practicar una religión. Ni el gobierno federal ni los gobiernos estatales pueden participar, abierta o secretamente, en los asuntos de alguna agrupación religiosa y viceversa. Black terminaba su párrafo citando a Jefferson para concluir que la cláusula que impedía al Congreso estadounidense imponer como obligatoria una religión tenía por objeto levantar un muro de separación entre la iglesia y el Estado.

Como se puede percibir, la tesis de Hugo Black conlleva una férrea defensa del Estado laico y de la neutralidad que deben mantener las instituciones públicas frente a las religiosas. Es todo un modelo en su género y supone el pronunciamiento que tiene mayor interés dentro de las interpretaciones que se han hecho de la *establishment clause*.

Por lo que hace a la *free exercise clause*, la jurisprudencia estadounidense ha sido más abundante, y ha incluido algunos criterios que pueden ser de interés para el caso mexicano.

Uno de los primeros temas que tuvo que resolver fue el de la legitimidad constitucional de algunas leyes estatales (particularmente del estado de Utah) y federales que de manera más o menos directa sancionaban la poligamia en la que vivían los mormones. El tema fue estudiado en la sentencia *Reynolds vs. United States*, de 1879, y en ella la Corte consideró que la poligamia no tenía protección constitucional derivada de la Primera Enmienda y, en consecuencia, consideró apegadas a la Constitución a las leyes que la sancionaban. De esa sentencia cabe destacar que la Corte hace una distinción entre la protección que la Primera Enmienda otorga a las ideas (protección que debe entenderse en el sentido más amplio posible) y la protección que puede o no derivar para las acciones que sean consecuencia de esas ideas; si dichas acciones violentan el orden público o violan deberes sociales, entonces no pueden tener protección constitucional. Este tipo de criterios pueden parecer anticuados para un analista que los lea en el siglo XXI, sin embargo tienen reflejo en la mayor parte de las legislaciones de los países occidentales, en donde sigue estando prohibida la poligamia (su práctica puede conllevar incluso penas privativas de la libertad, lo que parece claramente atentatorio a la libertad ideológica en general, y a la libertad religiosa en el caso de los mormones o de cualquiera otra religión que permita esa forma de vida en común).

En una sentencia de 1940, la Corte declaró inconstitucional una ley que prohibía las donaciones religiosas o de caridad sin la previa autorización del secretario de un consejo de bienestar público; la Corte no entró al tema de la li-

bertad religiosa, salvo para reconocer que un Estado tenía facultades para requerir un permiso antes de solicitar donaciones, pero le pareció inconstitucional que se dejara al criterio de un sólo funcionario la decisión de otorgarlos o negarlos.

Uno de los temas que también se han presentado en los Estados Unidos ha sido el del rechazo de los Testigos de Jehová a saludar a la bandera. La jurisprudencia sobre este tema ha sido oscilante, puesto que en varias sentencias dictadas antes de 1940, la Corte consideró como constitucionales varias legislaciones estatales que imponían la obligación de saludar a la bandera (por ejemplo en *Mendersville School vs. Gobitis*). La decisión del caso *Gobitis* desató una ola de ataques contra miembros de los Testigos de Jehová y varios de sus lugares de reunión fueron quemados; en el rechazo a esa violencia y al sentido del fallo, la sociedad estadounidense tomó muy en cuenta la actitud de Hitler manipulando al pueblo alemán para que adorara a su bandera y a los símbolos nazis.³⁶⁵

Todo ello preparó el terreno para que la Corte en poco tiempo abandonara el criterio manifestado en el caso *Gobitis*. En efecto, en 1943, en el caso *West Virginia Board of Education vs. Barnette*, bajo la ponencia de Robert H. Jackson, la Corte consideró inconstitucional el saludo obligatorio a la bandera. En un párrafo brillante, Jackson escribió que si había alguna estrella fija en la constelación constitucional de los Estados Unidos, esa estrella era la que impedía que cualquier funcionario, alto o bajo, pudiera prescribir lo que debía ser ortodoxo en la política, el nacionalismo, la religión o en otras cuestiones de opinión.³⁶⁶ La sentencia *Barnette* se cerraba con la reiteración del carácter contramayoritario de los derechos fundamentales, puesto que asentaba que el propósito del *Bill of Rights* había sido el de quitar ciertos temas del alcance de las vicisitudes de la controversia política, para situarlos más allá del alcance de la mayoría y del gobierno.³⁶⁷

En otra sentencia la Corte tuvo que decidir si el cierre dominical obligatorio que algunas leyes estatales imponían a los comercios violaba la libertad religiosa de las personas que, por virtud de sus creencias religiosas, debían descansar otro día de la semana. Fue en el caso *McGowan vs. Maryland*, resuelto en 1961. La Corte, secundando la opinión del *Chief Justice* Warren, consideró que, en efecto, las leyes que establecían el descanso dominical habían estado motivadas por fuerzas religiosas, pero negaba que con ello se estuviera impo-

³⁶⁵ *Ibidem*, pp. 135 y 136.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 137.

³⁶⁷ El párrafo completo puede verse en Hall, Kermit L. (ed.), *The Oxford Guide to the United States Supreme Court Decisions*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 331.

niendo una determinada religión por parte del Estado, ya que lo único que reflejaban esas leyes era el deseo del gobierno de establecer un día de descanso obligatorio y si ese día coincidía con el día de descanso de los católicos, eso no impedía al Estado alcanzar sus fines seculares que se buscaban al establecer el día de descanso. El juez Douglas formuló un interesante voto en el caso *McGowan*, cuestionando la legitimidad de que se imponga por la fuerza el domingo como el día de descanso obligatorio y de las sanciones que castiguen la no observancia de ese descanso.

Al igual que los testigos de Jehová también los practicantes de la religión Amish han generado varios pronunciamientos de la Corte estadounidense sobre el tema de la libertad religiosa. En primer término, la Corte afirmó que a ninguna persona se le podía negar un beneficio o prestación estatal con motivo de sus creencias religiosas y que, en su caso, las leyes de aplicación general debían tener en cuenta y permitir el acomodo de las individuales preferencias religiosas (en el caso *Sherbert vs. Verner* de 1963), pero en un caso posterior consideró constitucional que a una persona se le negaran beneficios gubernamentales al haber abandonado su trabajo en una fábrica de municiones debido a sus objeciones religiosas a la guerra (caso *Thomas vs. Review Board* de 1981). En un famoso caso, la Corte reconoció a los Amish el derecho de no enviar a sus hijos adolescentes a la escuela; se trata del caso *Wisconsin vs. Yoder* de 1972, en el que el *Chief Justice* Burger consideró que no se debía sancionar a los Amish por retirar a sus hijos después del octavo grado, ya que era legítima su creencia de que enviarlos a la escuela después de ese grado pondría en peligro la salvación de su alma y toda vez que, al tratarse de una minoría, la no asistencia a clase no ponía en riesgo la continuidad del sistema educativo o el interés de los ciudadanos por la educación de los menores.

La Corte ha afirmado, de manera más restrictiva a la que sostuvo en el caso *Yoder*, que las creencias religiosas no se pueden en ningún caso oponer como excusa para dejar de cumplir con una ley penal de alcance general. Se trata del caso *Employment Division, Oregon Department of Human Resources vs. Smith*, resuelto en 1990 bajo la ponencia del ultraconservador juez Antonin Scalia y con una votación dividida de 5-4. La cuestión a decidir era saber si el uso de peyote con fines sacramentales estaba o no permitida y si, en consecuencia, se les podía aplicar la legislación penal a quienes lo utilizaran. La minoría de jueces, encabezada por Sandra Day O'Connor, consideró que la Corte no debía suponer que en ningún caso puede oponerse la libertad religiosa a la legislación penal, pues con ese criterio se eliminaba prácticamente la posibilidad de que las leyes penales pudieran ser examinadas en su constitucionalidad, bajo la perspectiva de la libertad religiosa.

Asimismo, la Corte ha debido manifestarse respecto al tema de la objeción de conciencia, sobre todo para quienes la han hecho valer a fin de no ser obligados a ir a las guerras en las que ha participado Estados Unidos. En principio, ha considerado que se pueden esgrimir cuestiones religiosas para no ser llamado por el Ejército e incluso cuestiones morales que induzcan a un individuo a considerar a la guerra como inmoral, pero en un famoso caso (*Gilette vs. United States*, resuelto en 1971) la Corte no reconoció el derecho de negarse a esos llamados por considerar algunas guerras como “injustas”; es decir, si en general se considera a cualquier guerra como contraria a las propias convicciones, podría darse una excepción al deber general de atender el llamado del gobierno, pero si esa objeción se manifiesta solamente respecto de *certas* guerras, entonces la excepción no se puede configurar. Curioso criterio.

XIII. LAS LIBERTADES ECONÓMICAS (ARTÍCULOS 25, 26 Y 28)

Al estudiar el régimen económico de la Constitución, la primera pregunta que se puede formular el analista es ¿por qué las Constituciones deben contener preceptos que se refieran a la actividad económica del Estado y de los particulares?, ¿no se trata de asuntos que puedan ser abordados mediante los instrumentos legislativos ordinarios?, ¿tiene que ser necesariamente la Constitución la que fije las reglas de los intercambios comerciales y mercantiles, el régimen de la propiedad privada, las áreas reservadas exclusivamente —incluso en forma de monopolios— a los poderes públicos?

El constitucionalismo contemporáneo, si bien ha desarrollado diversas posibilidades en cuanto a la regulación de carácter económico, está marcado por la presencia más o menos intensa en los textos constitucionales de preceptos referidos al papel del Estado en la economía, a los límites al mercado, a las modalidades de la propiedad, etcétera. La pregunta principal, pese a todo, persiste: ¿por qué?

Las respuestas a esa pregunta, al igual que las alternativas concretas que se observan en cada texto constitucional, pueden ser muy variadas. En general, se considera que la regulación constitucional de la economía supone una manifestación peculiar de los dos principales objetos de regulación del constitucionalismo moderno: los derechos fundamentales y la división de poderes.

Por lo que respecta a los derechos fundamentales, las regulaciones económicas en la Constitución tienden a generar un doble ámbito de significados: por un lado, aseguran a los particulares esferas subjetivas inmunes frente a la acción del Estado, de forma que, por poner algunos ejemplos, no se pueda abolir

sin más la institución de la propiedad privada, limitar arbitrariamente la libertad de empresa o confiscar los bienes obtenidos lícitamente en el tráfico comercial;³⁶⁸ por otro lado, las disposiciones sobre la economía aseguran la posibilidad de que el Estado pueda en efecto hacerse cargo de las obligaciones que le generan los derechos fundamentales y que suponen costos económicos considerables (pensemos en los que generan el sistema educativo público, la asistencia sanitaria universal o un sistema digno de pensiones).

El modelo del Estado social, en el que el Estado adquiere la tarea de satisfacer lo que Manuel García Pelayo ha llamado “la procura existencial”³⁶⁹ requiere de un cierto grado de intervencionismo del Estado sobre la esfera económica de la sociedad. Los textos constitucionales contemporáneos permiten, dentro de la generalidad que les es consustancial, dicha intervención, ya sea por medios directos (por ejemplo cuando el Estado asume directamente la creación de bienes o la prestación de servicios) o por medios indirectos (el más típico de los cuales podría ser la captación tributaria, a través de la cual se trasladan recursos privados al gasto público, a fin de asegurar la satisfacción de intereses generales).

En lo que toca a la división de poderes, las regulaciones económicas tienen por objeto distribuir facultades y obligaciones entre los órganos públicos, de tal forma que, por poner dos ejemplos, el Estado de encargo de proporcionar una serie de servicios públicos esenciales o se reserve para sí algunas áreas estratégicas en las que la intervención de los particulares no se considera oportuna (como es el caso de la generación de energía nuclear o el de la prestación del servicio público de correos).

De lo anterior se desprende, me parece, la pertinencia de las cláusulas constitucionales relacionadas con la economía, presentes en todas las Constituciones de los países que han adoptado la forma del Estado social. Bajo este modelo, “La constitución regulará... profusamente la vida económica en cuanto que, junto a las garantías de libertad económica de los sujetos privados... establecerá límites a esa libertad y otorgará protagonismo económico a unos nuevos sujetos: los poderes públicos”.³⁷⁰

³⁶⁸ Por lo que respecta al estatuto de la propiedad y más general de los derechos de carácter patrimonial en relación con los derechos fundamentales, ver Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, pp. 45-50. El estudio del derecho de propiedad en la Constitución mexicana se realiza *infra* en el capítulo cuarto, relativo a los derechos de seguridad jurídica.

³⁶⁹ *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 1993.

³⁷⁰ Aragón, Manuel, “Orden constitucional económico”, en *id.* (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. I, p. 165.

Insisto sobre el hecho de que no hay un único modelo de regulación, pues tanto los textos constitucionales como los especialistas teóricos suministran muchas alternativas a la forma en que se puede llevar a cabo dicha regulación. Quizá una tendencia que se observa en la teoría constitucional de las dos últimas décadas (es decir, desde principios de los años ochenta) es la que refleja la idea de que las Constituciones deben contener *menos* previsiones económicas; esta visión es deudora en general del pensamiento neoliberal, que tanta influencia ha tenido sobre la acción política reciente en muchos países. La postura mencionada se podría calificar como el “neoliberalismo constitucional” (desarrollado fundamentalmente por los sectores académicos de la derecha estadounidense: Nozik, Buchanan, etcétera), que es igual de dogmático que el mero neoliberalismo económico.³⁷¹

Como quiera que sea, en la parte del capítulo económico de las Constituciones modernas, la tarea fundamental del intérprete es la de determinar si la intervención del Estado en la economía tiene o no límites (que no es otra cosa más que precisar el papel que le toca al Estado y el que la Constitución reserva a los particulares en la economía), y en distinguir en qué casos dicha intervención es obligatoria (por existir una cláusula constitucional de mandato que así lo establezca) y cuando es facultativa (por existir una cláusula constitucional de habilitación que así lo disponga).³⁷²

La Constitución de 1917 contiene distintos preceptos en los que se observa un contenido de carácter patrimonial, por decirlo de alguna forma (desde las disposiciones del artículo 31 fracción IV en materia de proporcionalidad y equidad de los impuestos hasta las establecidas en el artículo 123 para regular las relaciones entre obreros y patrones). Pero se puede decir que lo que constituye en verdad un “capítulo económico” dentro de la Constitución se encuentra en los artículos 25, 26, 27 y 28 del texto de 1917. El artículo 27, que también tiene evidentes connotaciones de carácter económico, será estudiado dentro del capítulo relativo a los derechos de seguridad jurídica, al ser su objeto principal de regulación el derecho de propiedad.

En general, el capítulo económico vigente de la Constitución no puede entenderse sin tomar en cuenta la experiencia del liberalismo —en sentido económico, desde luego— mexicano del siglo XIX y su consecuencia constitucional

³⁷¹ La versión nacional de esa corriente de pensamiento puede verse en Katz, Isacc M., *La Constitución y el desarrollo económico de México*, México, Cal y Arena, 1999.

³⁷² Aragón, Manuel, “Orden constitucional económico”, *cit.*, p. 166.

inmediata: el surgimiento del constitucionalismo social en el Congreso Constituyente de 1916-1917.³⁷³

Bajo la Constitución de 1857 y al amparo del liberalismo de ese entonces, el régimen económico de la Constitución tenía que ver únicamente con la garantía de la propiedad, la proclamación de las libertades de industria y trabajo y el establecimiento de una norma suprema del orden económico de la época: la libre concurrencia.³⁷⁴ No era poco en comparación con las inercias y resistencias del antiguo régimen. Pero pronto se reveló insuficiente frente a los abusos de todo tipo sobre los obreros y campesinos por parte de los patrones y los terratenientes.

Como reacción a las profundas injusticias y tremendas desigualdades generadas por el porfiriato (y aun antes, por supuesto), en el Constituyente de 1916-1917 se introducen algunos preceptos con claros signos redistributivos y de carácter social. Los derechos de los campesinos a disfrutar de una propiedad comunal sustraída a las posibilidades ordinarias del intercambio mercantil, las posiciones subjetivas de los trabajadores frente al empleador y la garantía de la educación fueron, en ese tiempo, cuestiones de avanzada que se recogieron en el texto constitucional mexicano.

Pero es quizá en 1983 cuando los preceptos constitucionales referidos a la materia económica toman el cuerpo y la dimensión que guardan —con algunos matices por las reformas de 1990 y 1993— hasta hoy en día. Las líneas básicas que la Constitución recoge desde las reformas de 1983 son las siguientes:³⁷⁵ *a)* la rectoría económica del Estado; *b)* la economía mixta; *c)* la planeación democrática del desarrollo; y *d)* el banco central. En seguida se analizan, de forma somera, los mencionados principios en relación con los derechos fundamentales, en el entendido ya apuntado: que la materia económica que contiene el texto constitucional de 1917 no se agota en ellos. También se estudia en el presente apartado la libre concurrencia que establece el artículo 28 constitucional y que guarda estrecha relación con otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad de trabajo, industria o profesión que ya ha sido estudiado en las páginas precedentes.

³⁷³ Sobre lo primero, Madrid, Miguel de la, *El pensamiento económico en la Constitución mexicana de 1857*, 3a. ed., México, Porrúa, 1986.

³⁷⁴ Madrid, Miguel de la, “El régimen constitucional de la economía mexicana”, en VV. AA., *Estudios jurídicos en torno a la Constitución de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992, p. 441.

³⁷⁵ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2001, pp. 560 y ss.

1. La rectoría económica del Estado

La palabra misma de “rectoría” nos da una idea de lo que, en su momento, intentaba lograr el poder reformador de la Constitución. El verbo “regir” tiene que ver con establecer reglas, con regular, con dirigir. Pero no con hacer por uno mismo; en ese sentido, la Constitución no concibe que el Estado deba ser el que lleve a cabo toda la actividad económica en México. Sí el que la rija y la dirija, desde luego, pero no el que la planifique hasta el más mínimo detalle.

Esto queda claro, creemos, con la lectura del segundo párrafo del artículo 25 constitucional, que dispone lo siguiente: “El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de las libertades que otorga esta Constitución”. Una parte fundamental del concepto de rectoría económica del Estado se encuentra precisamente en la parte final del párrafo transcrita: dicha rectoría debe llevarse a cabo en el marco de las libertades que otorga la Constitución, la libertad de empresa y de trabajo entre ellas. El Estado tiene, por supuesto, la obligación de fomentar las actividades que revistan un interés general, por ejemplo en materia de infraestructuras básicas, comunicaciones, servicios públicos o prestados al público, etcétera.

Las modalidades de la rectoría económica del Estado se encuentran en el primer párrafo del mismo artículo 25, cuyo texto es el siguiente:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

Pese a su perceptible carga retórica y a lo que podría sugerir una primera lectura, el párrafo primero del artículo 25 ofrece una serie de coordenadas concretas que determinan la rectoría económica del Estado. Por ejemplo, señala sus fines generales: la integralidad y sustentabilidad del desarrollo nacional,³⁷⁶ así como el fortalecimiento de la soberanía y del régimen democrático. Señala

³⁷⁶ El concepto de “desarrollo sustentable” se introduce en la Constitución mediante una reforma constitucional que también incorpora en el artículo 4o. el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de todas las personas; la reforma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de junio de 1999; ver Carmona Lara, María del Carmen, “Derecho ecológico”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. VIII, pp. 357 y ss. Sobre el derecho al medio ambiente se abunda en el capítulo quinto de este libro.

también los medios: el fomento del crecimiento económico y una mayor justicia en la distribución del ingreso y la riqueza. Señala, finalmente, los objetivos específicos: permitir el pleno ejercicio de la libertad y de la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.

Todas esas indicaciones tienen —o mejor dicho, podrían tener, puesto que no toda la doctrina ni desde luego la jurisprudencia las han explorado— consecuencias jurídicas concretas, por ejemplo al momento de enjuiciar la constitucionalidad de una reforma fiscal que no fuera redistributiva, o si se llegara a impugnar un determinado presupuesto de egresos (federal o local, puesto que las previsiones del artículo 25 rigen para todos los niveles de gobierno) porque no fomente el crecimiento económico sino todo lo contrario.

Desde luego, en la Constitución quedan señalados con demasiada ambigüedad los sujetos que, en su caso, podrían o deberían hacer valer una conculcación a ese precepto: la mención de los individuos, los grupos (*¿cuáles? ¿todos? ¿también los grupos musicales, las asociaciones futbolísticas, los clubes recreativos informales?*) y las clases sociales (un término ya abandonado por la teoría social más reciente), no parece ser muy precisa y atinada.

Es una tarea pendiente del constitucionalismo mexicano (de los teóricos y de los operadores jurídicos prácticos) ir dotando de sentido a las disposiciones de los párrafos primero y segundo del artículo 25. De ello depende, en parte, la posibilidad de reconducir de forma *constitucionalmente adecuada* el papel del Estado mexicano en la economía nacional.

De momento, sin embargo, la Suprema Corte entiende que las disposiciones constitucionales que establecen la rectoría económica del Estado no generan ningún tipo de derecho para los particulares ni suponen la obligación de tomar medidas concretas por parte de las autoridades, tal como se establece en la siguiente tesis:

RECTORÍA ECONÓMICA DEL ESTADO EN EL DESARROLLO NACIONAL. LOS ARTÍCULOS 25 Y 28 CONSTITUCIONALES QUE ESTABLECEN LOS PRINCIPIOS RELATIVOS, NO OTORGAN DERECHOS A LOS GOBERNADOS, TUTELABLES A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO, PARA OBLIGAR A LAS AUTORIDADES A ADOPTAR DETERMINADAS MEDIDAS. Los artículos 25 y 28 de la carta magna establecen, en esencia, la rectoría económica del Estado para garantizar el crecimiento económico del país, que se cumple, en los términos previstos en los propios preceptos constitucionales, mediante diversas acciones en que el Estado alienta la producción, concede subsidios, otorga facilidades a empresas de nueva creación, estimula la exportación de sus productos, concede facilidades para la importación de materias primas y prohíbe los monopolios, esto es, todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción industrial o comercial y, en general, todo lo que constituye una ventaja exclusiva e indebi-

da en favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social; pero en este señalado aspecto de dirección estatal no conceden garantía individual alguna que autorice a los particulares a exigir, en vía de amparo, que para cumplir con tales encomiendas constitucionales, el Estado deba adoptar ciertas medidas y seguir determinadas direcciones, como establecer singulares requisitos de calidad para la elaboración y envasado de productos, con el pretendido propósito de proteger la economía nacional, pretensión que carece de sustento constitucional. Amparo en revisión 1642/95. Tequila Herradura, S. A. de C. V. 18 de mayo de 2000. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, tesis P. CXIV/2000, p. 149.

De manera distinta a la que expresa la tesis que se acaba de transcribir, parece ser una nota común del constitucionalismo contemporáneo el que la actuación económica del gobierno no sea tan libre como para impedir que exista un cierto control judicial sobre ella. Si se analiza el criterio anterior de la Corte junto con algún otro que ha sostenido la no procedencia de vías de control para el presupuesto en tanto que no es un acto materialmente legislativo,³⁷⁷ se puede concluir que el máximo órgano de nuestra jurisdicción federal ha asumido una postura excesivamente restrictiva en esta materia, con base en la cual tanto los órganos ejecutivos como legislativos del Estado mexicano podrían en la práctica imponer cualquier tipo de modelo económico, sin que se les pudiera conducir a las disposiciones del capítulo económico de la Constitución que estamos estudiando.

Lo anterior no significa, ni mucho menos, que los tribunales deban tener un papel importante en materia de definiciones económicas del Estado; lo que se quiere es poner de manifiesto la necesidad de dotar de contenidos sustantivos a los artículos 25, 26 y 28 constitucionales, contenidos que eventualmente deberían de ser llevados ante los tribunales por los ciudadanos a través de las vías jurisdiccionales oportunas.

³⁷⁷ Se trata del criterio que se encuentra en la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad 4/98, de la que se puede ver un análisis muy detallado en Mijangos Borja, María de la Luz, “La naturaleza jurídica del presupuesto y la acción de inconstitucionalidad 4/98”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 105 y ss.

2. *La economía mixta*

La segunda gran línea maestra del capítulo económico de la Constitución es el principio de la economía mixta, cuya expresión constitucional se encuentra en varios párrafos del artículo 25 constitucional, cuyo texto es el siguiente:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el gobierno federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.

La idea misma de economía mixta nos indica que la Constitución no establece un modelo unívoco de economía; es decir, no se adscribe ni a la visión de la economía centralmente planificada (como la practicada en el ex bloque soviético).

tico), ni a la de una economía de libre mercado sin restricciones, lo cual parece ser una nota común en el constitucionalismo contemporáneo.³⁷⁸ La Constitución, dentro de ciertos marcos, debe mantener la neutralidad política frente a las diversas opciones que puedan tomar los gobiernos que periódicamente sean elegidos por los ciudadanos. Es en este contexto en el que cobran sentido afirmaciones como la de Gustavo Zagrebelsky de que la Constitución no debe ahogar el proceso político por medio de la saturación jurídica.³⁷⁹

La economía mixta supone incorporar elementos de ambos modelos, es decir, supone establecer la libre concurrencia de los particulares en la creación e intercambio de bienes del mercado, pero requiere también de algún papel regulador o suministrador por parte del Estado. Los elementos de los dos modelos (libre concurrencia y planificación estatal) en teoría deberían dar lugar a un sistema armónico donde las libertades de empresa y trabajo convivieran con las necesidades de regulación por parte del Estado.

Los principios de la economía mixta se encuentran en diversas partes de lo que hemos llamado el capítulo económico de la Constitución. Por ejemplo, el párrafo tercero del artículo 25 menciona a los actores del desarrollo económico nacional: el sector público, el privado y el social.³⁸⁰ El siguiente párrafo del mismo artículo reserva al Estado, de forma exclusiva, las llamadas áreas estratégicas, que de acuerdo con el párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución son las que corresponden a: correos, telégrafos, radiotelegrafía, petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear, electricidad y las demás que señalen las leyes. Aparte de las áreas estratégicas, la Constitución menciona también a las áreas prioritarias, aunque deja su desarrollo a la ley ordinaria (artículo 25 párrafo quinto), refiriéndose en concreto solamente a la comunicación vía satélite y a los ferrocarriles (artículo 28 párrafo cuarto).

Como principio general, el artículo 28 establece la libre concurrencia económica y, en consecuencia, prohíbe la existencia de los monopolios. Volveremos sobre la libre concurrencia más adelante en este mismo capítulo.

³⁷⁸ Ver, al respecto, las observaciones de Papier, Juan Jorge, “Ley fundamental y orden económico”, en Benda, Maihofer y otros, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 561 y ss.

³⁷⁹ *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.

³⁸⁰ Algunos ejemplos de los sujetos que integran “el sector social” se encuentran en el penúltimo párrafo del propio artículo 25, que menciona lo siguientes: los ejidos, las organizaciones de trabajadores, las cooperativas, las comunidades, las empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

3. La planeación democrática del desarrollo

La tercera línea maestra que la Constitución establece en materia económica es la planeación democrática del desarrollo.³⁸¹ Ya el artículo 25 en su párrafo segundo señalaba la obligación del Estado de *planear*, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional. El detalle de dicha obligación se recoge en el artículo 26, cuyo párrafo primero indica lo siguiente: “El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación”.³⁸² Los párrafos segundo a quinto del mismo artículo disponen que

El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática. Mediante la participación de los diversos sectores sociales recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la administración pública federal.

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución.

En el sistema de planeación democrática, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley.

Para cumplir con estos mandatos, el Congreso de la Unión cuenta con la facultad “Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social” (artículo 73, fracción XXIX-D). La regulación legislativa de la pla-

³⁸¹ Un amplio panorama sobre el tema puede verse en Chapoy Bonifaz, Dolores B., *Planeación, programación y presupuestación*, México, IIJ-UNAM, 2003.

³⁸² No deja de resultar curiosa, dicho sea de paso, la conceptualización que se hace en esta parte del texto constitucional de la democratización: política, social (que debe ser algo diferente a la política) y cultural (*¿?*) de la nación (no de sus integrantes).

neación se encuentra en la Ley de Planeación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de enero de 1983.³⁸³

La misma Ley de Planeación define a la planeación democrática del desarrollo como

la ordenación racional y sistemática de acciones que, en base al ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo federal en materia de regulación y promoción de la actividad económica, social, política y cultural, tiene como propósito la transformación de la realidad del país, de conformidad con las normas, principios y objetivos que la propia Constitución y la ley establecen.

La parte final del artículo 26, ya transcrita, señala el instrumento fundamental para llevar a cabo la planeación democrática: el Plan Nacional de Desarrollo, al cual se deben sujetar obligatoriamente los programas de la administración pública federal. El plan debe elaborarse, aprobarse y publicarse dentro de seis meses contados a partir de la fecha de toma de posesión del presidente de la República; su vigencia no debe exceder el periodo constitucional del propio Presidente, aunque podrá tener consideraciones y proyecciones de más largo plazo (artículo 21 de la Ley de Planeación).

La obligatoriedad para la administración pública configura la primera de las modalidades de la planeación: justamente la obligatoria. Hay otras tres: la coordinada, que se realiza entre el gobierno federal y los gobiernos de las entidades federativas (artículos 33 a 36 de la Ley de Planeación); la inductiva, “que consiste en la acción del gobierno federal para propiciar conductas de los particulares que apoyen los objetivos y las acciones que se derivan de la planeación nacional”³⁸⁴ (artículos 37 a 41 de la Ley de Planeación); y la concertada, que se lleva a cabo a través de pactos y acuerdos de diversa índole que firma el Ejecutivo federal con distintas agrupaciones y colectivos para llevar a cabo diversas acciones importantes para el desarrollo económico del país (artículos 37 a 41 de la Ley de Planeación).³⁸⁵

En el párrafo tercero del artículo 26 parecen estar perfiladas las etapas que debe tener la planeación democrática: *a) formulación; b) instrumentación; c) control y d) evaluación* del plan y los programas de desarrollo.

³⁸³ Esta Ley tiene como antecedente la Ley General de Planeación de la República publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de julio de 1930.

³⁸⁴ Madrid, Miguel de la, “Artículo 26”, en VV. AA., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 15a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2000, t. I, p. 366.

³⁸⁵ *Idem.*

El último párrafo del artículo 26, sin duda bien intencionado, ha tenido escasa verificación en la práctica. En parte porque la misma Ley de Planeación le deja un papel más bien testimonial al Congreso de la Unión dentro del tema de la planeación. En sus artículos 50. a 80., la Ley dispone que el Plan Nacional de Desarrollo será remitido al Congreso por el Ejecutivo, “para su examen y opinión” (pero una vez aprobado); el presidente hará referencia a la ejecución del Plan cuando informe al Congreso del estado general de la administración pública, en cumplimiento del mandato del artículo 69 constitucional. La misma obligación tienen los secretarios de despacho, que en sus respectivas comparecencias ante las cámaras del Congreso deberán referirse al avance y grado de cumplimiento de los objetivos y prioridades fijados en la planeación nacional, siempre en el ámbito de sus competencias, desde luego; también deberán informar sobre el desarrollo y los resultados de la aplicación de los instrumentos de política económica y social, en función de los mencionados objetivos y prioridades.

La participación social en la planeación, que debería tener un papel destacado en un sistema *democrático* de planeación, recibe escaso tratamiento en la Ley de Planeación, que le dedica apenas el artículo 20.

En general, todo el sistema de planeación, más allá de la retórica, puede suponer idealmente un intento de racionalizar el funcionamiento de la administración pública, pero en la realidad es un instrumento más para fortalecer al Poder Ejecutivo, una manifestación del presidencialismo. La planeación debería corresponder al Congreso de la Unión, con base —eso sí— en las propuestas del Ejecutivo. Deberían, por tanto, ser los legisladores los que aprobaran el Plan Nacional de Desarrollo.

4. *El banco central*

Por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de agosto de 1993, se reformó el artículo 28 para contemplar la figura del banco central. Sus párrafos sexto y séptimo establecen lo siguiente:

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con

la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por períodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquellos en que actúen en representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución.

Aunque no guarda una relación directa con los derechos fundamentales, conviene estudiar la figura del banco central en tanto que se constituye como un límite a la libertad general de concurrencia al establecer el monopolio estatal de la emisión de moneda y en tanto que su labor tiene un impacto importante sobre el conjunto de los derechos, particularmente sobre los que tienen contenidos patrimoniales.

A pesar de que el banco central ya existía desde antes (incluso en el texto constitucional), no es sino a partir de la reforma mencionada que se le otorga autonomía constitucional.³⁸⁶ Esto significa que el banco central es un órgano constitucional autónomo, parecido al Instituto Federal Electoral o a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. No está integrado dentro de la estructura orgánica de ninguno de los demás poderes. Dicha autonomía, según algunos, es compatible (esencial, dirían) con sus cometidos, puesto que entre sus funciones se encuentra la de asegurar la estabilidad de la moneda, cuestión que no siempre se puede controlar cuando la emisión monetaria se encuentra sometida a los deseos del gobierno en turno.

La autonomía de los bancos centrales (no en demasiados casos reconocida a nivel constitucional) es una tendencia muy importante, aunque no indiscutida, en el derecho comparado. La supervisión del sistema bancario y las tareas de control de la política financiera se supone que requieren en los tiempos actuales de un importante grado de autonomía funcional. La vulnerabilidad monetaria y la fragilidad del valor de unas monedas frente a otras requieren de un ma-

³⁸⁶ Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, cit., pp. 572 y ss.

nejo muy escrupuloso del sistema crediticio y, en general, financiero dentro de cada país.³⁸⁷

A nivel legislativo el banco central se denomina, por su Ley Orgánica publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de diciembre de 1993, Banco de México, que es como tradicionalmente se le ha conocido. La Ley dispone, desarrollando los mandatos del artículo 26 constitucional, que el Banco tendrá una Junta de Gobierno, integrada por un gobernador y cuatro subgobernadores. Los cinco son nombrados por el presidente de la República con ratificación del Senado o de la Comisión Permanente. El gobernador del Banco, que preside la Junta de Gobierno, dura en su cargo seis años, mientras que los subgobernadores duran ocho. La propia Constitución dispone la renovación escalonada de la Junta de Gobierno, de forma que se asegure la mencionada autonomía en el desempeño de sus funciones.

El artículo 3o. de su Ley Orgánica, señala que las funciones del Banco de México son: *a)* regular la emisión y circulación de la moneda, los cambios, la intermediación y los servicios financieros, así como los sistemas de pagos; *b)* operar con las instituciones de crédito como banco de reserva y acreediente de última instancia; *c)* prestar servicios de tesorería al gobierno federal y actuar como agente financiero del mismo; *d)* fungir como asesor del gobierno federal en materia económica y, particularmente, financiera; *e)* participar en el Fondo Monetario Internacional y en otros organismos de cooperación financiera internacional, o que agrupen a bancos centrales, y *f)* operar con diversos organismos, bancos centrales y otras personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera.

5. La libre concurrencia en el artículo 28 constitucional

Las bases constitucionales de la libre concurrencia se encuentran en el artículo 28 constitucional, cuyo texto, en la parte de ahora nos interesa señala lo siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

³⁸⁷ Sobre este tema pueden verse las reflexiones de Bilbao Ubillos, Juan María, “La independencia del Banco de España en clave constitucional”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I, pp. 1037 y ss.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado...

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del gobierno federal o de los estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el

uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concedionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta.

Del contenido del artículo 28 hay que destacar varias cuestiones, que se explican a continuación.

A. Libre concurrencia y libertad de trabajo

El artículo 28, en la parte en que establece la libre concurrencia, debe ser analizado a la luz de lo dispuesto en el artículo 50. en materia de libertad de trabajo, profesión u oficio,³⁸⁸ puesto que lo que viene a significar la libre concurrencia es justamente la posibilidad de que cualquier persona se dedique a la misma actividad económica que tiene otra, sin que pueda haber algún tipo de exclusividad en cuanto al desempeño de la misma.

Ese es el sentido de la prohibición constitucional de los monopolios o de las prohibiciones a título de protección a la industria, lo cual encuentra alguna excepción constitucionalmente delimitada por lo que se refiere a los monopolios del Estado y a los derechos derivados de la propiedad intelectual (para las obras de autores y artistas, según dispone el mismo artículo 28) y de la propiedad industrial (para quienes inventen o perfeccionen algún proceso industrial o algún objeto).

Una correcta articulación entre las necesidades que tiene el Estado para ejercer una particular intervención sobre ciertas áreas económicas (lo cual puede requerir, en el extremo, que se constituyan prohibiciones absolutas de partici-

³⁸⁸ Como ya se ha visto, el párrafo primero del artículo 50. constitucional dispone: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo sino por resolución judicial”.

pación de los particulares a través de las determinaciones constitucionales que establecen monopolios públicos), y la libertad de empresa que como regla general debe regir dentro de una economía de mercado es una de las tareas más delicadas a la que tienen que hacer frente todas las regulaciones constitucionales de la economía.

No se trata de una cuestión que sea fácil de determinar y en muchos países ha generado intensos debates políticos (pensemos simplemente en los debates sobre los procesos de privatización de empresas en muchos países de América Latina, e incluso en México, o en la posibilidad de que los particulares coadyuven en la prestación de servicios públicos estratégicos, como en el caso mexicano por lo que hace a la generación de energía eléctrica o en la venta de combustibles derivados del petróleo), así como duras consecuencias en materia de crecimiento económico y aumento del desempleo.

B. Prohibición de monopolios

El concepto de monopolio y lo que debe entenderse por prácticas monopólicas (absolutas y relativas) han sido definidos por el legislador en los artículos 9o. a 13 de la Ley Federal de Competencia Económica; su texto es el siguiente:

Artículo 9o. Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir comercializar si no solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar

Artículo 10. Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser despla-

zar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos.

I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición, o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios;

III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distingüible, o sobre bases de reciprocidad;

IV. La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;

VI. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado; o

VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

Artículo 12. Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;

II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y

IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

Artículo 13. Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

I. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III. La existencia y poder de sus competidores;

IV. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;

V. Su comportamiento reciente; y

VI. Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta Ley.

Por su parte, la jurisprudencia también ha aportado su propio concepto de monopolio, de forma menos elaborada que el que establecen las disposiciones que se acaban de citar, quizás en razón de que fue emitido antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley Federal de Competencia Económica; dicho concepto se encuentra por ejemplo en las siguientes tesis:

MONOPOLIOS. Por monopolio se entiende el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de algún privilegio, bien de otra causa cualquiera; y el artículo 28 constitucional equipara al monopolio todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industrial o comercial, y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva e indebida a favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social; de manera que cuando una ley establece la exención de un impuesto, para los productores que acepten condiciones que les impongan instituciones privadas, indudablemente tiende a evitar la libre competencia, creando el monopolio en perjuicio de los demás. Por las razones anteriores, el Decreto de 30 de agosto de 1927, que establece la bonificación del impuesto del 13% en favor de los industriales que acepten las tarifas de la Convención Industrial Obrera, constituye una violación al artículo 28 constitucional. Quinta época, segunda sala, *Apéndice de 1995*, t. III, parte SCJN, tesis 109, p. 75.

MONOPOLIOS. Por monopolio debe entenderse, en uno de sus aspectos, el derecho exclusivo que se concede a una persona para comerciar con determinado artículo; pero el privilegio que se concede a un fabricante para el uso exclusivo de una marca o nombre comercial, no constituye monopolio, ni viola, por consiguiente, el artículo

28 constitucional. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIV, octava época, primera sala, p. 2745.

En otra tesis interesante, la Corte ha sostenido la constitucionalidad de los procedimientos contra las prácticas monopólicas que se realizan de oficio, lo cual es natural puesto que si se requiriera petición de parte para iniciarlos, lo más probable es que nunca llegaran las denuncias ante la autoridad, como se sostiene en el siguiente criterio:

COMPETENCIA ECONÓMICA. EL PROCEDIMIENTO OFICIOSO DE INVESTIGACIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTENIDO EN LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. El referido procedimiento, establecido en el artículo 30 de la mencionada Ley, tiene la finalidad de prevenir o descubrir prácticas monopólicas, por lo que por sí mismo, no puede ser violatorio de la garantía de audiencia que establece el artículo 14 constitucional, en virtud de que no tiene como objetivo la privación definitiva de bienes o derechos de los gobernados, sino sólo allegarse documentos, testimonios y otros elementos para lograr aquella finalidad, actuaciones que se traducen en actos de molestia y que, de acuerdo con el artículo 16 constitucional, sólo requieren estar fundados y motivados. De aceptarse la postura de que no se pueda realizar una investigación oficiosa si no se ha escuchado previamente al supuesto afectado, no se podría cumplir la finalidad del artículo 28 de la Constitución federal de perseguir y castigar los monopolios y las prácticas monopólicas como una forma de proteger el interés general, pues precisamente la imposibilidad de la instauración oficiosa de una investigación implicaría que no se pudiera detectar quién incurre en ese tipo de prácticas. Amparo en revisión 2617/96. Grupo Warner Lambert México, S. A. de C. V. 15 de mayo de 2000. Mayoría de seis votos. Ausente: presidente Genaro David Góngora Pimentel. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo. Amparo en revisión 2318/97. Luis Ruiz Ortiz. 15 de mayo de 2000. Mayoría de seis votos. Ausente: presidente Genaro David Góngora Pimentel. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo. Nove- na época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, tesis P. CIX/2000, p. 105.

Para combatir los monopolios, el texto del artículo 28 obliga a las autoridades legislativas y administrativas concretamente a castigar y perseguir, *a)* toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; *b)* todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o

empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados, y c) en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

C. Exención de impuestos

Por lo que hace al tema de la exención de impuestos, cabe decir que se trata de una prohibición congruente con algunas otras disposiciones constitucionales, por ejemplo con los artículos 13 y 31, fracción IV. Esto es así en razón de que los impuestos están sujetos al principio de reserva de ley. Esto significa, entre otras cuestiones, que solamente pueden estar previstos en una ley; por otro lado, el artículo 13 establece que las leyes deben ser generales; en consecuencia, por regla general no pueden contener excepciones particulares, sino que deben aplicarse a todos los casos que caigan en sus supuestos normativos. Además, el artículo 31, fracción IV constitucional dispone que los tributos serán generales y equitativos, suponiendo con ello que cualquier medida de exención deberá ser puntualmente justificada por la autoridad.

Ahora bien, el artículo 28 habilita al legislador a que, bajo los términos y condiciones que quiera fijar, sí se puedan establecer exenciones de impuestos,³⁸⁹ pero las mismas tendrán que pasar un estricto *test* de razonabilidad, porque son medidas que pueden atentar contra la libre concurrencia al beneficiar a un cierto sector de la industria o a determinados sujetos de la actividad económica. Se ha señalado, con razón, que la prohibición de las exenciones es relativa y no absoluta, aunque no se podrá dar en los siguientes casos:³⁹⁰

a) Cuando bajo la denominación de exenciones se oculten verdaderos casos de privilegios o prerrogativas tributarias;

b) Cuando las exenciones sean tales que permitan instaurar régimen de monopolio o vulneren la libre concurrencia;

c) Cuando las exenciones no se fijen bajo las directrices de proporcionalidad o equidad tributarias.

Sobre el tema, la jurisprudencia ha emitido los siguientes criterios:

³⁸⁹ Ver, en este sentido, el artículo 39 del Código Fiscal de la Federación.

³⁹⁰ Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “La impugnación de los decretos de exención de impuestos del Ejecutivo federal mediante la controversia constitucional”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, p. 830 (en este trabajo se puede ver una amplia reflexión sobre el tema de las exenciones y sobre la reserva de ley en materia tributaria).

EXENCIÓN DE IMPUESTOS. SÓLO COMPETE ESTABLECERLA AL PODER LEGISLATIVO EN UNA LEY, NO AL EJECUTIVO EN USO DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA. El establecimiento de exenciones fiscales, es facultad exclusiva del órgano legislativo, por lo que no cabe aceptar su ejercicio por parte del Ejecutivo a través de reglamentos, según se infiere del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto prohíbe “las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes”, reserva que se confirma por la íntima conexión que la parte transcrita tiene con la fracción IV del artículo 31 constitucional, que al establecer la obligación de contribuir al gasto público, impone la condición de que ello se logre “de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”. Esta Suprema Corte siempre ha interpretado que en este aspecto, por ley debe entenderse un acto formal y materialmente legislativo, por lo cual ha de considerarse que si la creación de tributos, así como sus elementos fundamentales son atribuciones exclusivas del legislador, también lo es la de establecer exenciones impositivas, que guardan una conexión inseparable con los elementos tributarios de legalidad y equidad, sin que valga en contra de tales disposiciones constitucionales, ningún precepto legal. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, junio de 1991, octava época, pleno, tesis P./J. 25/91, p. 54.

IMPUESTOS, EXENCIÓN DE. ES CONSTITUCIONAL CUANDO SE ESTABLECE CONSIDERANDO LA SITUACIÓN OBJETIVA DE LAS PERSONAS EXENTAS. Es constitucional la exención de impuestos cuando se establece considerando la situación objetiva de las personas exentas (no así cuando la exención se hace en atención a las características individuales de las personas, estimándose sus características personalísimas), en atención a la situación jurídica abstracta prevista en la ley, la cual contempla elementos objetivos para establecer excepciones en el pago de los impuestos. Por tales razones, es constitucional el decreto número 200 del estado de Sinaloa, que en el artículo 150 exime del pago del impuesto, entre otras personas, a los agentes consulares extranjeros, a los miembros de delegaciones científicas, a las personas de nacionalidad extranjera, a los empleados públicos federales, del estado o de los municipios, que reciban gratificaciones de fin de año. Interpretando en forma sistemática el artículo 28 constitucional y el artículo 13 de su Reglamento, se obtiene la conclusión de que la prohibición contenida en el primero de ellos respecto de la exención de impuestos, debe entenderse en el sentido de que ésta se prohíbe cuando tiende a favorecer intereses de determinada o determinadas personas, y no cuando la exención de impuestos se otorga considerando situaciones objetivas en que se reflejan intereses sociales o económicos en favor de una categoría de sujetos. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 12, primera parte, séptima época, pleno, p. 44.

EXENCIÓN DE IMPUESTOS. La exención de impuestos supone la concesión gratuita; pero no puede decirse que se exima a alguien del pago de contribuciones, cuando, a

cambio de ellas, da alguna cosa, en cumplimiento de un contrato celebrado entre el contribuyente y las autoridades. El artículo 28 constitucional, que se refiere a la exención de impuestos, trata de evitar la desigualdad de condiciones en los productores de la riqueza, para impedir que unos sean favorecidos en perjuicio de otros; mas no puede decirse que existe tal exención, cuando, a cambio de contribuciones, se otorga determinada prestación. Jurisprudencia, *Apéndice de 1985*, parte III, quinta época, pleno, tesis 226, p. 406.

D. *Límites a la libre concurrencia*

La libre concurrencia e incluso la libertad de empresa encuentran en el artículo 28 constitucional dos límites claros y precisos. El primero tiene que ver con la limitación a precios de productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, en cuyo caso se puede determinar por las autoridades los precios máximos (artículo 28 párrafo tercero). El segundo, ya mencionado, se refiere a los monopolios que sí puede tener el Estado y que no son otros más que las áreas estratégicas (artículo 28 párrafo cuarto; tomese en cuenta también lo dispuesto en el mismo artículo, en su párrafo séptimo, en relación a la acuñación de moneda y emisión de billetes).

Sobre la limitación a los precios, hay que recordar que el artículo 73 constitucional faculta al Congreso de la Unión “Para expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referidas al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios” (fracción XXIX-F).

E. *Los monopolios constitucionalmente permitidos*

Intentando sintetizar algunos de los puntos que ya se han mencionado en este apartado, se puede decir que el artículo 28 considera constitucionalmente permitidos o conceptualiza como no monopólicas (y por tanto permitidas por la Constitución) las siguientes actividades:

—Las áreas estratégicas de la economía, en las que la Constitución crea los que se podrían denominar *monopolios de Estado* y que, como ya se ha visto, son las de correos, telégrafos y radiotelegrafía, petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear, electricidad y las actividades que así sean consideradas por leyes del Congreso.

- La emisión de billetes y acuñación de monedas, que son tareas que realiza exclusivamente el banco central.
- Las asociaciones de trabajadores, constituidas para defender sus propios intereses; esta disposición, sin embargo, debe interpretarse conjuntamente con las disposiciones referidas a la libertad sindical, tanto nacionales como internacionales.
- Las asociaciones o sociedades cooperativas de trabajadores.
- Los privilegios reconocidos a los autores e inventores, es decir, los que resultan de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial.
- El otorgamiento de subsidios.

Antes de terminar este apartado, se debe apuntar, en referencia al último punto que se acaba de mencionar (el otorgamiento de subsidios), que la jurisprudencia de nuestros tribunales federales ha conceptualizado a los subsidios de la siguiente forma:

SUBSIDIOS. NATURALEZA JURÍDICA. Los subsidios constituyen una atribución constitucional de la autoridad legislativa y excepcionalmente del Ejecutivo federal en ejercicio de facultades reglamentarias, consistente en una ayuda de carácter predominantemente económico, que debe revestir las características de generalidad, temporalidad y no afectación a las finanzas públicas, con la finalidad de apoyar las actividades económicas que para la economía nacional sean de orden prioritario, así como el estímulo a la organización de empresarios y consumidores, la racionalización de la producción y la creación de industrias de utilidad nacional, cuya vigilancia y evaluación de resultados debe realizar el Estado. En cuanto a actos de autoridad, los subsidios se decretan unilateralmente, vinculando a los gobernados, tanto a los beneficiarios directos o últimos como a los terceros que eventualmente intervienen en su aplicación, de modo que ésta al crearse situaciones jurídicas concretas, da lugar a obligaciones de las autoridades y derechos correlativos de los gobernados; por lo tanto, aun cuando los subsidios tienen la finalidad de otorgar un beneficio y no causar un perjuicio a dichos gobernados, debe admitirse que al crear una situación jurídica concreta para aquellos terceros que intervienen en el procedimiento, éstos pueden verse afectados por las determinaciones correspondientes que modifiquen o revoquen un subsidio sin la observancia de la normatividad establecida en el decreto respectivo. Novena época, segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, octubre de 1999, tesis 2a. CXXII/99, p. 591.

Es evidente que el concepto de subsidio es importante para entender el marco constitucional de las libertades económicas y precisar un poco más, si cabe, el alcance de la prohibición de exención de impuestos, a la que ya nos hemos referido.

6. *Iniciativa privada y planificación estatal en el marco constitucional de las libertades económicas*

La intervención del Estado en la economía, aún en los tiempos neoliberales que corren, es necesaria y lo seguirá siendo de forma importante en el corto y mediano plazos.

Parte de esa intervención se justifica en virtud del ideal de igualdad que incorpora el constitucionalismo moderno. Recordemos que si bien es cierto que el primer constitucionalismo (el de finales del siglo XVIII) surge fundamentalmente para proteger el valor de la libertad, el constitucionalismo del siglo XIX (de manera tímida y desorganizada) y sobre todo el constitucionalismo del siglo XX (de manera más clara y contundente) organizan un entramado institucional y una serie de derechos construidos para lograr la igualdad de todos los integrantes de la comunidad política.

El objetivo de la igualdad supone que el Estado se allegue de recursos, que son necesarios para el desarrollo de los mecanismos de garantía de esa igualdad, concretados fundamentalmente en los derechos sociales (educación, salud, vivienda, empleo, jubilación, etcétera). Una economía absolutamente libre terminaría con la competencia económica (el capitalismo actual es de signo monopolista) y con la escasa igualdad que el constitucionalismo ha intentado alcanzar en los últimos decenios (con éxito discreto en América Latina en general y en México en particular). Por eso se requiere un buen funcionamiento de los elementos que en materia económica contempla la constitución mexicana de 1917.

La economía tiene una gran relación con los derechos fundamentales; aparte de la muy obvia que resulta de la regulación económica directa como parte del catálogo de derechos que contiene la Constitución, la economía juega un papel estratégico esencial para hacer realidad los derechos, los cuales —como lo han apuntado Holmes y Sunstein—³⁹¹ tienen un costo y deben por ello ser alimentados por una economía eficiente y productiva que no deje a los derechos como meras declaraciones de papel, llenas de buenas intenciones, pero sin los recursos para convertirse en realidades tangibles. Aunque no determina su exigencia ni modera las obligaciones que se generan para el Estado, es evidente que lo que se acaba de decir tiene un impacto directo, por ejemplo, en el tema de los derechos sociales, que será objeto de estudio detenido en un capítulo posterior dentro de este libro.

³⁹¹ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, Londres, W. W. Norton, 2000.

La Constitución parece hacerse eco de lo que se acaba de decir y perfila un conjunto de disposiciones que se encuentran a medio camino entre los dos modelos extremos de la absoluta e irrestricta libertad de mercado, por un lado, y de la completa estatalización de la economía por otro. De esta manera, se conforman las bases para alcanzar una economía social de mercado, en la que las libertades económicas se compensen con intervenciones selectivas del Estado, tendentes a corregir algunas desviaciones generadas por el propio mercado, por ejemplo en términos de redistribución de la riqueza o de aseguramiento de la libre concurrencia al controlar y combatir a los monopolios.

Desde luego, la Constitución diseña simplemente las bases de lo que debe ser la regulación de la economía nacional, así como la relación que, en este punto, debe generarse entre los poderes públicos y los particulares; pero el texto constitucional deja un amplio margen de maniobra al legislador ordinario para dictar las regulaciones que considere más oportunas en función de una serie de factores. En este contexto, es importante señalar que los textos constitucionales no deben imponer detalles del modelo económico de un Estado, ya que corresponde a las mayorías políticas que gobiernan ir definiendo, momento a momento y siempre con sujeción al marco general trazado por la Constitución, los perfiles que quieran aportar en materia económica.

Hay que ser conscientes, pese a todo, que la regulación estatal de la economía, incluso en el contexto de una economía abierta y de signo liberal, es muy complicada, sobre todo frente a las formas emergentes de actuación económica transnacional y frente al poderío de empresas que controlan una cantidad impresionante de recursos económicos y humanos. Quizá es por esto que algún autor ha calificado a la parte económica de la Constitución española como “la Constitución imposible”,³⁹² a la vista del poco éxito que esa regulación ha tenido en la práctica. Lo mismo podríamos decir en México, en donde a la debilidad de los poderes públicos frente a los grandes poderes económicos se une un marco constitucional que como tuvimos ocasión de comprobar es bastante vago y que incluso ha sido interpretado de forma muy restrictiva por nuestros jueces.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, Ángel Manuel, “De la libertad moderna a la idea liberal burguesa y a los derechos fundamentales”, *Estudios de teoría del Estado y derecho*

³⁹² Mercado Pacheco, Pedro, “La ‘Constitución imposible’: el gobierno de la economía en la experiencia constitucional española”, en Capella, Juan Ramón (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 293 y ss.

- constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. III.
- ALÉN, Luis H., “La doctrina de la ‘actual malice’ o real malicia”, *Anuario de Derecho a la Comunicación*, Buenos Aires, núm. 1, 2000.
- ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús, “La impugnación de los decretos de exención de impuestos del Ejecutivo federal mediante la controversia constitucional”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003.
- ÁLVAREZ, Silvina, “Los derechos de la mujer en un pañuelo”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 123, junio de 2002.
- ARAGÓN, Manuel, “Orden constitucional económico”, en *id.* (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. I.
- _____, “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, IIJ-UNAM, 2000, t. III.
- ARENKT, Hannah, “¿Qué es la libertad?”, en su libro *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios de reflexión política*, Barcelona, Península, 2003.
- AZURMENDI, Ana, *El derecho a la propia imagen*, 2a. ed., México, Fundación Buendía, UIA, 1998.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de libertad de prensa*, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2002.
- BARBERIS, Mauro, *Libertad*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2002.
- BARQUET, Mercedes y MÉNDEZ ALVARADO, María de J., “Algunas vertientes de la institucionalización de las políticas de género en México”, *Diálogo y Debate de Cultura Política*, México, núms. 15-16, enero-junio de 2001.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, t. XVIII, 2001.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco, “Libertad de circulación”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- _____, “La libertad de información en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- _____, y VILLAVERDE, Ignacio, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

- BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *La reinvenCIÓN de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003.
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- BEYANI, Chaloka, *Human Rights Standards and the Free Movement of People within States*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *La Constitución económica*, Querétaro, Fundap, 2003.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, “La independencia del Banco de España en clave constitucional”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.
- _____, “La resistencia a la opresión, hoy”, en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- _____, “Kant y las dos libertades”, en su libro *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.
- BOIX PALOP, Andrés, “Libertad de expresión y pluralismo en la red”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 65, mayo-agosto de 2002.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- BOVERO, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2002.
- CABEZUELO ARENAS, Ana L., *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CABO DE LA VEGA, Antonio de, *Lo público como supuesto constitucional*, México, IIJ-UNAM, 1997.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Madrid, Civitas, 1991.
- _____, “La autonomía universitaria en España”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- CARBONELL, Miguel, *Transición a la democracia y medios de comunicación: un punto de vista constitucional*, Aguascalientes, Coordinación General de Asesores-Gobierno del Estado, 2002.
- _____, “Notas sobre la regulación constitucional de los medios electrónicos de comunicación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 104, mayo-agosto de 2002.

- _____, “La modernización de la Ley de Imprenta y la democracia mexicana”, *Etcétera*, México, núm. 16, febrero de 2002.
- _____, “Constitución y medios”, en su libro *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004.
- _____, “Pluralismo mediático”, en su libro *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004.
- CARPIZO, Jorge, “Libertad de expresión, elecciones y concesiones”, *La reforma de medios. Voces en torno a la iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social*, México, Cámara de Diputados, 1998.
- _____, “Constitución e información”, en su libro *Nuevos estudios constitucionales*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000.
- _____, “Vida privada y función pública”, *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 148, julio de 2003.
- CARRILLO, Marc, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, en CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2003.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEPC, 1998.
- CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, vol. I (La sociedad red), México, Siglo XXI Editores, 1999.
- CELADOR, Óscar, “Libertad religiosa y revoluciones ilustradas”, en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, Siglo XVIII, vol. II, La filosofía de los derechos humanos, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001, t. II.
- CHAPOY BONIFAZ, Dolorez B., *Planeación, programación y presupuestación*, México, IIJ-UNAM, 2003.
- CIFIENFUEGOS SALGADO, David, “La esclavitud en México”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, núm. 97, julio de 2003.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel F., “Derechos fundamentales y prerrogativas parlamentarias”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III.
- CODERCH, Pablo Salvador, *El derecho de la libertad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____(dir.), *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- _____- y otros, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997.

- y GÓMEZ POMAR, Fernando (eds.), *Libertad de expresión y conflicto institucional. Cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Civitas, 2002.
- Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a refugiados, derechos humanos y temas conexos, México, CNDH, UIA, UNHCR-ACNUR, 2002.
- CONSTANT, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en su libro *Escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- , “Free Speech, Politics and the Dimensions of Democracy”, incluido en su libro *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- ELSTER, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- ELVIRA, Ascensión, “Asociaciones y democracia interna”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- FAYOS GARDÓ, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid, CEPC, 2000.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, México, IIJ-UNAM, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, “Tre concetti di libertà”, *Democrazia e Diritto*, Roma, núm. correspondiente al tercer y cuarto trimestre del 2000.
- FERRERES, Víctor, “El principio de igualdad y el ‘derecho a no casarse’”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 42, septiembre-diciembre de 1994.
- FISS, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, Fontamara, 1997.
- , *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GARCÍA CANALES, Mariano, “El derecho al honor de quienes ejercen actividad con relevancia política”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El problema de la desobediencia civil”, en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “Lo íntimo, lo privado y lo público”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 137, noviembre de 2003.

- _____, *Instituciones suicidas*, México, Paidós, 2000.
- GONZÁLEZ, María del Refugio, “Las relaciones entre el Estado y la Iglesia en México”, en VV. AA., *Derecho fundamental de libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 1994.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Artículo 61”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 17a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003, t. III.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas, 2002.
- _____ y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Madrid, Civitas, 2002.
- HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- _____, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, “De la tolerancia religiosa a los derechos culturales”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 129, enero-febrero de 2003.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, Londres, W. W. Norton, 2000.
- IBÁÑ, Iván C. y PRIETO SANCHÍS, Luis, *Lecciones de derecho eclesiástico*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- KATZ, Isacc M., *La Constitución y el desarrollo económico de México*, México, Cal y Arena, 1999.
- KYMLICKA, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003.
- LAPORTA, Francisco J., “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, Madrid, núm. 52, 1983.
- _____, “El derecho a la información y sus enemigos”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 72, Madrid, mayo de 1997.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, *Derecho eclesiástico del Estado, derecho de la libertad de conciencia*, Madrid, UCM, 1991.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “Notas para el estudio de las libertades de expresión e imprenta en México”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- _____, “Derecho de la información”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. IX.

- _____, “Derecho a la información (actualización)”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- LORA, Pablo de, *Entre el vivir y el morir. Ensayos de bioética y derecho*, Méjico, Fontamara, 2003.
- LORENZO VÁZQUEZ, Paloma, *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Madrid, CEPC, 2001.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990.
- _____, “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 104, abril-junio de 1999.
- MADRID, Miguel de la, *El pensamiento económico en la Constitución mexicana de 1857*, 3a. ed., México, Porrúa, 1986.
- _____, “El régimen constitucional de la economía mexicana”, en VV. AA., *Estudios jurídicos en torno a la Constitución de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992.
- _____, “Artículo 26”, en VV. AA, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 15a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2000, t. I.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *Constitución y libertad religiosa en España*, Madrid, Dykinson, 2000.
- _____, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001.
- MARTÍNEZ TORRÓN, Javier, “Los testigos de Jehová y la cuestión de los honores a la bandera en México”, *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, México, núm. 117, abril de 2000.
- MERCADO PACHECO, Pedro, “La ‘Constitución imposible’: el gobierno de la economía en la experiencia constitucional española”, en CAPELLA, Juan Ramón (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003.
- MIERES, Luis Javier, “La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?”, en CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel (coords.), *Derechos humanos y derecho a la información. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2003.
- _____, *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- MIJANGOS BORJA, María de la Luz, “La naturaleza jurídica del presupuesto y la acción de inconstitucionalidad 4/98”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000.

- MINC, Alain, *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Madrid, Temas de Hoy, 1995.
- MORANGE, Jean, *Las libertades públicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981.
- MUÑOZ-ALONSO LEDO, Alejandro, “La democracia mediática”, en MUÑOZ-ALONSO, A. y ROSPIR, Juan Ignacio (eds.), *Democracia mediática y campañas electorales*, Barcelona, Ariel, 1999.
- MUÑOZ DE ALBA, Marcia, “Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública”, *Estudios en homenaje a Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, IIJ-UNAM, 2000.
- NINO, Carlos Santiago, “La autonomía constitucional”, en VV. AA., *La autonomía personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho de declaración, aclaración o rectificación en el ordenamiento jurídico nacional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Fundación K. Adenauer, 2001.
- ORDÓÑEZ, Jorge, “El reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Un caso paradigmático en la Suprema Corte de Justicia en México”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, “Libertad de expresión”, en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David, *Derecho a la información versus Derecho al honor*, Madrid, CEPC, 1999.
- PAPIER, Juan Jorge, “Ley fundamental y orden económico”, en BENDA y otros, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- PATRICK, John J. y Long Gerald P. (eds.), *Constitutional Debates on Freedom of Religion*, Westport, Greenwood Press, 1999.
- PECES-BARBA, Gregorio y PRIETO SANCHÍS, Luis, “La filosofía de la tolerancia”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales*, t. I, “Tránsito a la modernidad, siglos XVI y XVII”, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 1998.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, en SAUCA, José María (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1994.
- PÉREZ ROYO, Javier, “Derecho a la vida”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- PITCH, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003.

- POLO SABAU, José Ramón, *Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación*, Madrid, CEPC, 2002.
- POSNER, Richard, “Obsessed with Pornography”, en su libro *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- PUTNAM, Robert, *Solo en la bolera. Colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2002.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson, 2000.
- RISSO FERRAND, Martín J., “Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2002.
- RODRÍGUEZ BEREIRO, Álvaro, “La libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.
- RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Madrid, CEPC, BOE, 2000.
- ROLLNERT LIERN, Göran, *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, Madrid, CEPC, 2002.
- ROMEO CASABONA, Carlos M., “El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías”, en VV. AA., *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2003.
- ROSENKRANTZ, Carlos F., “El valor de la autonomía”, en VV. AA., *La autonomía personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995.
- SAAVEDRA, Modesto, *La libertad de expresión en el Estado de derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.
- SALDAÑA, Javier y ORREGO, Cristóbal, *Poder estatal y libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 2001.
- SÁNCHEZ, Ana y otros, *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*, Barcelona, Icaria, 2003.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- SANTOLAYA, Pablo, “De cómo la libertad ideológica puede modular el cumplimiento de algunas obligaciones legales (según la jurisprudencia)”, en VV. AA., *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2001.

- SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998.
- SEN, Amartya K., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.
- SHAPIRA, Amos, "Should Violent and Hate Speech be Protected? Some Reflections on Freedom of Expression and its Limits", en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- SMOLLA, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1992.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *El derecho de libertad religiosa en México (un ensayo)*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2001.
- SOLOZÁBAL, Juan José, "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 32, 1991.
- STARCK, Christian, "The Development of the Idea of Religious Freedom in Modern Times", en VV. AA., *La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México, IIJ-UNAM, 1996.
- STRONG, Frank R., "Fifty Years of 'Clear and Present Danger': From Schenck to Brandenburg and Beyond", *The Supreme Court Review 1969*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969.
- SUNSTEIN, Cass R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1995.
- _____, *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias (1836-2001)*, México, Porrúa, 2002.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo, "La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio", *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterria*, Madrid, Civitas, 1991, t. II.
- TREJO DELARBRE, Raúl, "Civilizar a los poderes salvajes. Ilimitado dominio de los medios de comunicación", en VV. AA., *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2002.
- TRIBE, Laurence H., *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992.
- UROFSKY, Melvin, *Religious Freedom. Rights and Liberties under the Law*, Santa Bárbara, ABC-CLIO, 2002.

- VALADÉS, Diego, “El régimen constitucional de la tolerancia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, IIJ-UNAM, 2000.
- _____, “Derecho de la educación”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. VII.
- VAN PARIJS, Phillippe, *Libertad real para todos*, Barcelona, Paidós, 1996.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- VELASCO, Juan Carlos, “El crucifijo en las escuelas. Sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997.
- VIDAL PRADO, Carlos, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Madrid, CEPC, 2001.
- VILLANUEVA, Ernesto, *El sistema jurídico de los medios de comunicación en México*, México, UAM-A, 1995.
- _____, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, IIJ, UNAM, 1998.
- _____, *Derecho mexicano de la información*, México, Oxford University Press, 2000.
- VILLAVERDE, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994.
- _____, *Los derechos del público*, Madrid, Tecnos, 1995.
- _____, “Derecho de rectificación”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- VV. AA., *La Suprema Corte de Justicia y el derecho a la vida. Sentencia sobre el aborto*, México, INACIPE, 2002.
- VV. AA., *La libertad de información y expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2002.
- VV. AA., *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2001.
- VV. AA., *Derecho fundamental de libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 1994.
- VV. AA., *La libertad religiosa*, México, IIJ-UNAM, 1996.
- VV. AA., *Objeción de conciencia*, México, IIJ-UNAM, 1998.
- VV. AA., *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2003.
- WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 15 de diciembre de 1890; trad. al castellano *El derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas, 1995.

- WIEVIORKA, Michel, *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio, “La libertad ideológica o libertad de conciencia”, en VV. AA., *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2001.
- ZOLO, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los ‘derechos fundamentales’. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.