

CAPÍTULO SEGUNDO

Los derechos fundamentales en la Constitución mexicana:

una propuesta de reforma	47
I. Consideraciones previas	47
II. Clasificación de los derechos fundamentales	50
III. Principios generales y derechos y libertades personales: ideas para el debate	51
IV. Cuestiones generales	85
V. Una reflexión final.	87

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: UNA PROPUESTA DE REFORMA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Los derechos fundamentales son una parte esencial de todos los textos constitucionales modernos. Si bien es cierto que la primera Constitución en sentido moderno, la de Estados Unidos de 1787, nació sin un catálogo de derechos, también es verdad que los incorporó de inmediato a través de las diez primeras enmiendas que se le realizaron al texto original estadounidense. De ahí en adelante ha sido continua la presencia de las declaraciones de derechos en los textos constitucionales.¹

A pesar de esa presencia constante, no cabe duda de que los derechos fundamentales tienen un carácter marcadamente histórico. No han existido desde siempre, como a veces ha intentado sostener alguna vertiente del iusnaturalismo poco atenta a los que arroja la historia; por el contrario, los derechos han ido conquistándose progresivamente, mediante esfuerzos, luchas y resistencias de individuos y grupos. Varios de ellos han ido incorpo-

¹ González, Nazario, *Los derechos humanos en la historia*, México, Alfaomega, UAB, 2002; Pizzorusso, Alessandro, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bolonia, Il Mulino, 2002.

rándose en los textos constitucionales en fechas muy recientes; incluso algunos considerados muy básicos, como la igualdad del hombre y la mujer frente a la ley no ha sido conquistado en varias de sus manifestaciones concretas sino en las últimas décadas.²

En medida de lo precedente, como es obvio, los derechos fundamentales han sido también objeto de estudio y análisis de la teoría constitucional. Sin embargo, si se compara con la atención que ha recibido la llamada “parte orgánica” de la Constitución mexicana, el tema de los derechos ha suscitado escasas reflexiones de carácter propositivo.³ Es decir, el estudio de los derechos fundamentales en el ordenamiento mexicano se ha realizado más bien para dar cuenta de lo que ya hay (normalmente utilizándose un tono descriptivo y poco crítico), pero no tanto para proponer lo que podría haber.

Como quiera que sea, es muy notable que la sistemática utilizada en la redacción del capítulo relativo a las “Garantías individuales” en la Constitución de 1917 no parece ser, en la actualidad, la más apropiada. A partir de las múltiples reformas que han tenido los primeros 29 artículos de la carta magna, su contenido ha ido ensanchándose de tal forma que hoy en día resulta prácticamente incomprensible. La confusión y la mezcla en un solo precepto de cuestiones bien distintas o incluso distantes son la regla en esta parte de la Constitución. La inclusión del capítulo económico de la Constitución junto a los derechos fundamentales no deja de resultar extraña. El lenguaje empleado tanto por el

2 Así, por ejemplo, el derecho de sufragio activo para las mujeres no fue reconocido en México sino hasta 1953 y en Suiza hasta 1971; sobre esto y sobre el carácter histórico de los derechos fundamentales, Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio*, cit., capítulos I y III.

3 En el que quizá sea el libro más ambicioso en materia de propuestas para una renovación constitucional no se contiene ni una sola indicación acerca de los cambios necesarios para la parte de los derechos fundamentales; me refiero a la obra, por lo demás inteligente e innovadora en su momento, de Jaime Cárdenas, *Una Constitución para la democracia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

poder constituyente como por el poder reformador tampoco es un modelo de pulcritud. El texto constitucional no contiene varios de los nuevos derechos que ya figuran en otras cartas fundamentales, ni las grandes declaraciones de principio que suelen habitar en las mismas.

En este contexto, tal vez sería conveniente adoptar una estrategia de reforma profunda o incluso integral de toda la parte relativa a los derechos fundamentales, a fin de que: *a)* se implemente una sistemática racional y moderna en su tratamiento constitucional; *b)* se incluyan nuevos derechos o nuevas formas de concebirlos e interrelacionarlos (por ejemplo, en lo que respecta al derecho internacional de los derechos humanos), y *c)* se mejore la redacción —la forma de enunciarlos— empleada por la Constitución.

La necesidad de tratar de lograr una reforma lo más integral posible parte de la evidencia histórica, plenamente acreditada por la experiencia de los últimos ochenta años, de que las reformas parciales no han dado buen resultado y, por el contrario, han acabado nulificando la necesaria unidad contextual y conceptual que deben tener los textos constitucionales.⁴

El objetivo de este capítulo es aportar algunas pautas de reflexión para poder intentar un cambio de la magnitud que se requiere, que eventualmente sirva para reconfigurar por completo (o al menos de manera importante) el sistema constitucional de los derechos fundamentales. Para ello se propone adoptar una clasificación de los derechos que permita un tratamiento sistemático y moderno del tema por la Constitución. Obviamente, en las páginas que siguen se encuentra nada más el esbozo de un programa que debe ser mucho más ambicioso, para llegar quizás a proponer el diseño de una nueva Constitución por completo, con las salve-

4 Con los términos “unidad contextual y conceptual” me refiero a que dentro del capítulo de derechos fundamentales se hable, efectivamente, de derechos y no de otra cosa, de la misma forma que dentro de la llamada “parte orgánica” tampoco deben haber otras disposiciones más que aquellas que se refieren a la organización y funcionamiento de los poderes.

dades que se exponen en la parte final del capítulo tercero de este mismo libro. En esa medida, de lo que se trata es de empezar a modificar los términos de una discusión que por años ha estado encasillada en visiones y tratamientos doctrinales de “corte clásico” (por llamarles de alguna forma), pero que en la actualidad requiere de un replanteamiento de fondo.

II. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para lograr la sistemática ya mencionada podría dividirse la parte relativa a los derechos en cuatro grandes rubros: 1) principios generales; 2) derechos y libertades personales; 3) derechos sociales, económicos y culturales, y 4) principios rectores de las actividades de los poderes públicos.⁵ Como la enunciación y explicación de estos cuatro apartados representa una tarea muy compleja y difícil, y para tratar de concentrar al máximo las propuestas, se enuncian a continuación solamente los temas relativos a los dos primeros; es decir, los principios generales y los derechos y libertades personales. Sobre los derechos sociales, económicos y culturales se ha iniciado ya en México un incipiente pero fértil debate al que vale la pena remitirse.⁶ Por lo que hace a los

5 Ésta es una división que se encuentra en varios de los textos constitucionales más recientes, pero que para efectos de este trabajo se ha tomado fundamentalmente de la Constitución portuguesa de 1976; del mismo texto constitucional se toman varios de los apartados que se exponen en las siguientes páginas. La explicación más completa que se ha escrito, hasta donde tengo noticia, del derecho constitucional portugués (que por cierto, ha adquirido un rigor y una relevancia muy notables en los últimos años), se encuentra en Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3a. ed., Coimbra, Almedina, 1999, con abundante bibliografía complementaria.

6 Una recopilación que puede ayudar a centrar el debate sobre estos derechos se encuentra en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001; para un análisis de algunos derechos sociales concretos en el ordenamiento mexicano (derecho a la salud, a la vivienda, a un medio ambiente sano), puede verse Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio*, *cit.*

principios rectores de las actividades de los poderes públicos, hasta en tanto no se haga un tratamiento particular mucho más extenso y detallado, habría que revisar las obras generales de derecho constitucional que, al examinar los tipos de normas que contienen las cartas fundamentales, tocan este punto concreto.⁷

III. PRINCIPIOS GENERALES Y DERECHOS Y LIBERTADES PERSONALES: IDEAS PARA EL DEBATE

Propuestas para la reforma constitucional de los derechos fundamentales.

Dentro de los principios generales se incluiría lo siguiente:

A. *El principio de universalidad de los derechos fundamentales*.⁸ Cabe recordar que, siguiendo a Robert Alexy, hay que distinguir entre la universalidad con respecto a los titulares y la universalidad de los destinatarios (obligados) de los derechos; la primera consiste “en que los derechos humanos son derechos que corresponden a todos los seres humanos”, con independencia de un título adquisitivo;⁹ los destinatarios (en cuanto que obligados

⁷ En varios de los ensayos recogidos en la obra colectiva *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, cit., se encuentran algunas indicaciones bibliográficas sobre el tema.

⁸ Sobre la universalidad de los derechos fundamentales, Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, trad. de Perfecto Andrés en Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; Luigi Ferrajoli et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001; Kriele, Martín, “L’universalità dei diritti dell’uomo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1992, pp. 3 y ss., y Alexy, Robert, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y libertades*, Madrid, núm. 8, enero-junio de 2000, pp. 21 y ss., así como el artículo 1o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

⁹ Alexy no acepta que puedan haber derechos de grupo, es decir, derechos que no sean asignados a cada uno de los seres humanos en lo individual, si bien reconoce que pueden existir “derechos de comunidades” o “de estados” (derechos de tercera generación, derecho al desarrollo); tales derechos, sin embargo, no serían derechos humanos, con lo cual —reconoce el autor— se perdería la carga valorativo-positiva que tiene el término, pero se obtendría la

por los derechos) serían no solamente los seres humanos en lo individual sino también los grupos y los estados. En este último caso, de acuerdo con el mismo autor, convendría distinguir entre derechos humanos absolutos y derechos humanos relativos; los primeros son los que pueden oponerse frente a todos los seres humanos, a todos los grupos y a todos los estados, mientras que los segundos —los relativos— solamente son oponibles a, por lo menos, un ser humano, un grupo o un Estado. Alexy pone como ejemplo de derechos humanos absolutos el derecho a la vida, que debe respetarse por todos; un ejemplo de derecho humano relativo frente al Estado sería el derecho al voto, el cual debe ser respetado por el Estado del cual el individuo forma parte; un ejemplo de derecho humano relativo frente a un grupo sería el derecho de los niños a que sus familias les proporcionen asistencia y educación.

La base de la universalidad de los derechos está respaldada tanto en razones teóricas como normativas. Desde el punto de vista normativo en virtud, justamente, de la común asignación en los textos constitucionales de los estados democráticos “a todos los seres humanos” de los derechos, superando las visiones restrictivas y discriminatorias que hacían de los derechos estatus de privilegio más que de protección de la igual dignidad de todos.

Por lo que respecta a las razones teóricas, basta subrayar que actualmente la doctrina más solvente, poniendo énfasis en la “universalidad” de la *clase de sujetos* que son titulares de los derechos fundamentales, los define como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”.¹⁰

ventaja “de aguzar la vista para que estos derechos no devengan en derechos de funcionarios”, “La institucionalización...”, *cit.*, p. 25.

10 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, *cit.*, p. 37.

La caracterización de los derechos fundamentales como derechos universales no solamente sirve para extenderlos sin distinción a todos los seres humanos y a todos los rincones del planeta, sino que también es útil para deducir su inalienabilidad y su no negociabilidad; en palabras del propio Ferrajoli, si tales derechos

son normativamente de “todos” (los miembros de una determinada clase de sujetos), no son alienables o negociables, sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados.¹¹

En los tiempos actuales, las características mencionadas son muy importantes, pues sirven, entre otras cosas, para poner a los derechos fuera del alcance de la lógica neoabsolutista del “mercado” que todo lo traduce en términos de productividad y ganancia. Esto significa, por ejemplo, que no puede venderse la propia libertad de tránsito o las garantías que tiene todo individuo en el proceso penal.

La base normativa de la universalidad de los derechos humanos se encuentra, además de lo ya dicho, en los diversos pactos, tratados y convenciones internacionales que existen sobre la materia. El punto de partida de todas esas disposiciones —en sentido conceptual, no temporal, desde luego— se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Dicha Declaración, junto con la Carta de la ONU, supone el embrión de un verdadero “constitucionalismo global”. Como recuerda Bobbio, con la Declaración de 1948 se inició fase importante en la evolución de los derechos: la de su universalización y positivación, haciéndolos pasar de “derechos de los ciudadanos” a verdaderos derechos de (todos) “los hombres”, o al menos “derechos del ciudadano de esa ciudad que no conoce fronteras, porque comprende a toda la humanidad”.¹²

11 *Ibidem*, p. 39.

12 *L'Età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997, pp. 23 y 24.

B. El principio de igualdad de todos los habitantes y las prohibiciones de discriminación tal como, en muy buena medida, ya lo hace el artículo 1o., párrafo tercero. Los criterios que se emplean en dicho precepto son el origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas; quizá haría falta agregar, al menos, los de ascendencia, lengua y situación económica.¹³

Además, en virtud de que el principio de igualdad debe entenderse en sentido material o sustancial y no solamente formal, quizá habría que ponderar la posibilidad de introducir en la Constitución una cláusula que contenga un mandato de igualdad de ese

13 Un análisis del principio de igualdad, realizado a partir de la interpretación del párrafo tercero del artículo 1o. y del párrafo primero del artículo 4o. de la Constitución de 1917, se encuentra en Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio, cit.*, capítulo III. Parte del debate actual sobre la igualdad jurídica puede encontrarse, de entre lo mucho que se ha escrito desde el tema y desde varias perspectivas —no solamente jurídicas—, en Pizzorusso, Alessandro, “Eguaglianza (diritto)”, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, 1993, vol. III; Alemany, Macario, “Las estrategias de la igualdad”, *Isonomía*, México, núm. 11, 1999; Schiavello, Aldo, “Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico”, *Region Pratica*, 14, Génova, 2000; Jiménez Campo, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1983, núm. 9; Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993; Comanducci, Paolo, “Uguaglianza: una proposta neo-illuminista”, *Analisi e diritto* 1992, a cargo de Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, Turín, Giapichelli, 1992; Giorgis, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Turín, Jovene, 1999; Sen, Amartya K., *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1999; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995; *ibidem*, “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *ABZ. Información y análisis jurídicos*, Morelia, núm. 121, 2000; Rosenfeld, Michel, “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, *Derechos y libertades*, Madrid, 1998, núm. 6; Laporta, Francisco, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, núm. 67, 1985; Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia constitucional”, *Doxa*, Alicante, núm. 19, 1996.

tipo.¹⁴ Esto permitiría, entre otras cosas, reforzar la posibilidad de que las disposiciones electorales establecieran alguna especie de discriminación positiva en favor de las mujeres a la hora de ocupar puestos de representación o de integrar los órganos directivos de los partidos políticos, como sucede ya en diversos países.¹⁵

En tal caso, podría establecerse en la ley electoral (o incluso en la Constitución, si es que se decidiera no poner en el texto de la carta magna el mandato de igualdad sustancial) que el 30% de las candidaturas en las Cámaras del Congreso y el mismo porcentaje en las direcciones de los partidos deberían reservarse a uno de los dos sexos.¹⁶ Una fórmula en el mismo sentido se encuentra, por ejemplo, en ley italiana 81/1993, del 25 de marzo, sobre elección directa de los alcaldes, en cuyo artículo 7.1 se establece que: “En las listas de candidatos, por norma, ninguno de los dos sexos puede hallarse representado en medida superior

14 Los modelos de preceptos constitucionales que consagran la igualdad sustancial pueden tomarse de la Constitución española (artículo 9.2) o italiana (artículo 3o., párrafo segundo); un buen panorama doctrinal del caso italiano se encuentra en Giorgis, A., *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, cit. y Carabita, B., *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3o. comma 2 della Costituzione*, CEDAM, Padua, 1984. Puede tomarse en cuenta, también, lo dispuesto por el artículo 75, inciso 23 de la Constitución argentina, que faculta al Congreso de ese país para “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. En sentido parecido, el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

15 Véase *El País*, 9 de junio de 2000, donde se informa que, de acuerdo con datos de la ONU, en 36 países ya se han establecido cuotas para asegurar la presencia de las mujeres en los puestos de la política nacional de los estados respectivos.

16 Véanse al respecto los artículos 4o., 38, 175, 175-A, 175-B, 175-C y 269 del COFIPE, luego de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de junio de 2002; para la interpretación jurisprudencial de las cuotas, véase la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2002 resuelta por la Suprema Corte el 19 de febrero de 2002.

a los dos tercios”.¹⁷ Sobre este punto, Ferrajoli defiende el hecho de que “puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos, o, mejor aun, de los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares”.¹⁸

El mismo Ferrajoli apunta, como conclusión del tema sobre la necesidad de introducir medidas de discriminación positiva para proteger la igualdad efectiva de las mujeres (“garantías sexuales”, las llama), lo siguiente:

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no solo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo. De otro modo, sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad.¹⁹

Lo anterior, que se refiere solamente a las mujeres, no obsta para enfatizar que el mandamiento de igualdad sustancial debe

17 Citada en Ferrajoli, “Igualdad y diferencia”, *Derechos y garantías*, cit., p. 96. Debe mencionarse, sin embargo, que este tipo de disposiciones se han considerado inconstitucionales por la Corte Constitucional italiana, lo que viene a demostrar la necesidad de intentar reformas no simplemente legales, sino constitucionales. Un análisis de las decisiones de la Corte italiana sobre el tema puede verse en Ruiz Miguel, Alfonso, “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de razón práctica*, Madrid, julio-agosto de 1999, núm. 94 y Pizzorusso, Alessandro y Rossi, Emanuele, “Le azioni positive in materia elettorale in Italia”, en Becalli, Bianca (ed.), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999.

18 “Igualdad y diferencia”, cit., p. 89.

19 *Ibidem*, p. 92.

traducirse en la implementación de políticas públicas que favorezcan a todos los grupos vulnerables: niños, ancianos, discapacitados, etcétera. Junto a esas políticas públicas, una cláusula de igualdad sustancial demandaría también la implementación de lo que se ha llamado “acciones afirmativas” o “discriminaciones positivas”, que consisten en políticas públicas destinadas a erradicar las discriminaciones ya existentes, y a compensar por medio de ellas a los grupos en situación de vulnerabilidad (menores y ancianos, mujeres, indígenas, personas con discapacidad).²⁰ Lo importante en este momento, sin embargo, es la necesidad de entender que cuando un texto constitucional introduce un mandamiento de igualdad (como en parte ha hecho ya la Constitución mexicana) se trata de una decisión que va a tener múltiples impactos —positivos según creo— en el resto del ordenamiento, no solamente desde el punto de vista formal, sino también material.

C. La incorporación de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales como derechos de rango constitucional para efectos internos. Esto quiere decir que los derechos fundamentales de carácter internacional no pueden ser derogados o afectados por ningún acto o norma jurídica interna —con excepción de una reforma a las propias normas constitucionales, se entiende— y que, si lo hicieran, serían directamente violatorios de la Constitución; con ello se establecería una suerte de “jerarquía axiológica” dentro del sistema jurídico nacional.²¹ También significa que los derechos recogidos en normas internacionales gozan del mismo sistema de protección jurisdiccional que aquel que se prevé para la violación directa de las normas constitucionales (el juicio de amparo, por ejemplo).

20 Sobre las acciones afirmativas, Rosenfeld, Michel, *Affirmative action and justice. A philosophical and constitutional inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991; Ballestrero, María Victoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, Alicante, núm. 19, 1996; Brage Camazano, Joaquín, *Discriminación positiva en favor de la mujer en el derecho comunitario*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.

21 Sobre los tipos de “jerarquías normativas”, véase Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 121 y ss.

Por otro lado, podría también incluirse un precepto en el que se dispusiera la obligación de los órganos del Estado mexicano, en cualquiera de sus niveles de gobierno, de interpretar el ordenamiento jurídico (pero sobre todo el ordenamiento constitucional y las leyes que afecten a los derechos fundamentales), de conformidad con los tratados internacionales ratificados por México en materia de protección de derechos. Un ejemplo útil al respecto lo puede suministrar el artículo 10.2 de la Constitución española que establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.²²

Aunque la llamada “interpretación conforme” es algo que se desprende de la posición que guarda la Constitución dentro del ordenamiento y de su carácter normativo, no está de más hacerlo explícito, sobre todo teniendo en cuenta lo poco que han usado nuestros jueces esta técnica interpretativa.²³

En el derecho constitucional de diversos estados de América Latina no es infrecuente encontrar preceptos que contienen disposiciones como las que se propone incorporar en la Constitución de 1917, tanto por lo que hace a la jerarquía constitucional de los tratados, como por lo que respecta a la necesidad de la interpretación de la legislación interna a la luz de lo dispuesto por esos instrumentos internacionales.²⁴

22 Los alcances y la interpretación de ese precepto se analizan en Saíz Arnaíz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, CGPJ, 1999. Véase también el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa de 1976.

23 Sobre la interpretación conforme véase el capítulo I, apartado 1, *supra*.

24 Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Fundación K. Adenauer, 2000, pp. 163-259.

Así, por ejemplo, el artículo 75, párrafo 22 de la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos entre los que se encuentran la Convención Americana de Derechos Humanos y los dos pactos internacionales de 1966 de Naciones Unidas (el de derechos civiles y políticos, y el de derechos económicos, sociales y culturales). El mismo precepto dispone que otros tratados además de los mencionados podrán tener jerarquía constitucional, siempre que sean aprobados al menos por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara legislativa.

La Constitución de Guatemala de 1985 establece la preeminencia de los tratados internacionales aceptados y ratificados por ese país por encima del derecho interno (artículo 46). Una disposición muy parecida se encuentra en el artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991, que se encarga de enfatizar que:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La Constitución de Ecuador de 1998 dispone que los instrumentos internacionales vigentes en su territorio serán directa e inmediatamente aplicables por cualquier juez, tribunal o autoridad. La misma Constitución precisa que, en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (artículo 18).

La reciente Constitución venezolana de 1999, en su artículo 23, establece directamente la jerarquía constitucional de los pactos y tratados sobre derechos humanos; su texto es el siguiente:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.

D. *El reconocimiento de la cláusula del contenido esencial de los derechos, siguiendo el modelo de la Constitución alemana de 1949 (artículo 19.2), portuguesa de 1976 (artículo 18.3) y española de 1978 (artículo 53.1), entre otras.*²⁵

El contenido esencial de los derechos fundamentales opera sobre todo como una “reserva” frente al legislador, impidiendo que la inactividad legislativa pueda vulnerar el núcleo mismo de los derechos; también sirve para evitar la existencia de leyes restrictivas en materia de derechos fundamentales, constituyéndose, en consecuencia, como una limitación a la “libertad de configuración legal” del legislador sobre los mismos.²⁶

E. *Las condiciones para la suspensión de los derechos fundamentales.* Entre esas condiciones habría que incluir la previa y esencial declaración del “Estado de sitio” o de “emergencia”, su aprobación por una mayoría calificada del Congreso de la Unión y la posibilidad de que fuera revisada —aunque sin tener efectos suspensivos completos, porque si no se volvería inútil— por los tribunales nacionales e internacionales.²⁷ Las razones por las que puede declararse un Estado de sitio o de emergencia deben estar

25 La explicación clásica sobre la cláusula del contenido esencial se encuentra en Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, 1997.

26 Cfr. Prieto, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y libertades*, Madrid, núm. 8, enero-junio de 2000, pp. 429 y ss.

27 Los modelos de redacción para establecer lo mencionado en este apartado pueden tomarse de los textos constitucionales de Dinamarca (artículo 85), España (artículo 55), Finlandia (artículo 16) y Grecia (artículo 48), entre otros.

lo más precisamente establecidas que sea posible, limitándose a aquellas que pongan en peligro la existencia misma de la comunidad.²⁸

La suspensión de derechos debe ser una medida acotada temporal y espacialmente; no puede, en consecuencia, imponerse por tiempo indefinido y, preferentemente, no en todo el territorio. Se trata de una institución que tiene por efecto no aumentar los poderes de los gobernantes, sino permitir tomar medidas de carácter extraordinario dentro del marco de las reglas del Estado de derecho. No es una invitación a la arbitrariedad, sino justamente su mecanismo de contención bajo situaciones de emergencia. Debe en todo caso estar fundada y motivada.²⁹ Debe también disponer medidas de respuesta proporcionadas a la situación de peligro por la que se están suspendiendo los derechos.

Convendría también precisar la prohibición de suspender algunos derechos, como el derecho a la vida, a la integridad personal o las garantías necesarias para la protección de los mismos.³⁰ Hay que recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 27.2, no permite la suspensión de los derechos previstos en sus artículos 3o. (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4o. (derecho a la vida), 5o. (derecho a la integridad personal),³¹ 6o. (prohibición de la esclavitud), 9o. (principios de legalidad y retroactividad), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos de la niñez), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos), así como de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.³²

28 Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM, 1999, p. 18.

29 *Ibidem*, p. 19.

30 Véase sobre el tema, además de la *op. cit.* de Despouy, la de Cruz Villalón, Pedro, *El estado de sitio y la Constitución*, Madrid, CEC, 1980. Para los antecedentes históricos en México, Aguilar Rivera, José Antonio, *El manto liberal. Los poderes de emergencia en México 1821-1876*, México, UNAM, 2001.

31 Véase el artículo 5o. de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, que establece la prohibición de justificar la tortura aún en estados de guerra, emergencia, sitio, conmoción interior, etcétera.

32 En sentido parecido debe verse el artículo 4o. del Pacto Internacional de

De acuerdo con Leandro Despouy, los principios que rigen a los estados de excepción, y que sintetizan o amplían algunas de las cuestiones que se acaban de tratar, son los siguientes:³³

- a) *Principio de legalidad*. Implica la existencia de normas que los regulen y de los consiguientes mecanismos de control.
- b) *Principio de proclamación*. Supone la necesidad de dar a conocer, de publicitar la suspensión de derechos. En consecuencia, no puede haber algo así como “suspensiones tácticas” o secretas.
- c) *Principio de notificación*. En términos del artículo 27 del Pacto de San José, si un Estado parte suspende derechos debe informar inmediatamente a los demás estados parte por conducto del secretario general de la OEA.³⁴ También debe informarse del levantamiento del Estado de emergencia.
- d) *Principio de temporalidad*. Tiene por objetivo limitar en el tiempo la medida excepcional y, consecuentemente, evitar su prolongación indebida. Dentro de la notificación que los estados deben hacer, ya sea a la OEA o a la ONU, debe incluirse la fecha en que terminará la medida o el plazo para el que fue autorizada.³⁵

Derechos Civiles y Políticos, así como las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 8/87 “El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (artículos 7.6, 25.1 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” y 9/87 “Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 8o., 25 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” ; ambas opiniones consultivas pueden verse en García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 1008 y ss., y 1019 y ss., respectivamente.

³³ *Op. cit.*, pp. 25 y ss.

³⁴ La misma obligación se genera a partir del ya citado artículo 4o. del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

³⁵ Véase la Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU sobre el artículo 4o. del Pacto (adoptada en su 13o. periodo de sesiones, 1981).

- e) *Principio de amenaza excepcional.* Tiene que ver con los presupuestos de hecho que pueden dar lugar a una suspensión, es decir, a los acontecimientos que la pueden motivar. Para empezar debe tratarse de peligros actuales o inminentes, no pudiendo suspenderse los derechos con base en criterios especulativos o abstractos. El peligro debe ser excepcional, entendiendo por tal uno que no pueda ser enfrentado por las medidas ordinarias para el mantenimiento de la seguridad, la salud o el orden públicos; solamente si dichas medidas ordinarias resultan insuficientes puede acudir a la suspensión.
- f) *Principio de proporcionalidad.* Consiste en la adecuación entre la situación de emergencia y las medidas a tomar. El análisis de la existencia de la proporcionalidad no puede hacerse en abstracto, sino caso por caso, pues depende tanto del tipo de situación a que se tiene que hacer frente como del éxito de las medidas para contenerla.
- g) *Principio de no discriminación.* Siendo la suspensión de derechos una institución creada no para fomentar la arbitrariedad sino para asegurar el correcto ejercicio de los principios del Estado de derecho, no puede aplicarse con base en ninguno de los criterios discriminatorios que establece el propio derecho internacional (no pueden, por ejemplo, suspenderse los derechos en razón de raza, religión, nacionalidad, etcétera).
- h) *Principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas de derecho internacional.* De carácter complejo, este principio supone que la suspensión no sea incompatible con alguna norma del derecho internacional de los derechos humanos; la concordancia implica que la suspensión no debe tener por objetivo destruir alguno de los derechos internacionalmente reconocidos; la complementariedad significa que los estados de excepción tienen como única finalidad posible la defensa del sistema democrático, de forma que ni siquiera una emergencia pue-

de romper los elementos esenciales que dan sustento a ese sistema, de lo que se deriva la imposibilidad de suspender algunas garantías.

Como conclusión cabe apuntar que, en cualquier caso y con la extensión que se quiera, la regulación de los estados de excepción, de sus causas y de los órganos competentes para determinarlo, deben estar previstos en las normas constitucionales, incorporando o al menos no prohibiendo la aplicación de los principios que acaban de mencionarse. Algunos modelos de regulación concreta del supuesto que se está explicando pueden encontrarse en el artículo 116 de la Constitución española y en el artículo 19 de la Constitución portuguesa.³⁶

F. *La prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, al estilo del artículo 9.3 de la Constitución española de 1978.*³⁷ La prohibición constitucional de la arbitrariedad añade un componente cualitativo muy importante a las clásicas garantías de fundamentación y motivación de los actos de los poderes públicos. Aunque esta prohibición tiene como premisas las dos garantías que acaban de mencionarse, su incorporación posibilita un control jurisdiccional más intenso sobre las facultades discrecionales que otorgan todos los ordenamientos jurídicos modernos.

De entrada conviene apuntar que no es lo mismo *arbitrariedad* que *discrecionalidad*. Una facultad discrecional, si bien otorga

³⁶ Para la exégesis de este último precepto, Gomes Canotilho, *op. cit.*, pp. 1013 y ss.

³⁷ Véanse las consideraciones de Valadés, Diego, “La Constitución y el poder”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 156 y ss. (reproducido en Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000), así como las de García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1998; Fernández, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1994; *ibidem*, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998; *ibidem*, “Principios y reglas: la discrecionalidad administrativa y la judicial”, en *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho*, Madrid, CGPJ, 1999.

márgenes más o menos amplios de actuación a algún órgano del poder, debe estar suficientemente motivada para no dar a lugar a un ejercicio arbitrario del poder. Desde luego, un acto de cualquier poder público que no esté motivado es por ese sólo hecho arbitrario. La motivación de un acto discrecional debe tener por objeto: *a)* hacer del conocimiento de la persona afectada las razones en las que se apoya el acto;³⁸ *b)* aportar la justificación fáctica del acto en razón del objetivo para el cual la norma otorga la potestad que se ejerce en el caso concreto, *c)* permitir al afectado interponer los medios de defensa existentes, si lo considera oportuno.³⁹

El Tribunal Supremo de España ha afirmado que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones que no resultan justificadas;⁴⁰ además, dicho principio no es tanto prohibición de actuaciones administrativas ilícitas, cuanto necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación, y es también respeto al ciudadano al que hay que oír antes de adoptar decisiones que inciden en su ámbito existencial.⁴¹

En tanto que estuviera consagrado en la Constitución, el principio de prohibición o interdicción de la arbitrariedad también operaría sobre el legislador, como ha reconocido para el caso del ordenamiento jurídico español el Tribunal Constitucional de ese país.⁴² Si bien es cierto que, como se apuntaba al principio del

38 Dichas razones no deben verse como un requisito puramente formal consistente en citar algunos elementos fácticos aplicables a un caso concreto, sino como una necesidad sustantiva consistente en la obligación del órgano público de aportar “razones de calidad”, que resulten “consistentes con la realidad y sean obedientes, en todo caso, a las reglas implacables de la lógica”, Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, cit., p. 97.

39 Fernández, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pp. 81-85.

40 Sentencia de la antigua Cuarta Sala del 19 de mayo de 1987.

41 Sentencia de la Tercera Sala del 17 de abril de 1990.

42 Un repaso de las sentencias del Tribunal Constitucional español sobre la arbitrariedad del legislador puede encontrarse en Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, cit., pp. 41 y ss.

capítulo primero de este ensayo, bajo el modelo de las “Constituciones abiertas”, el Poder Legislativo tiene una amplia libertad de conformación del ordenamiento, también es verdad que, como escribe Tomás Ramón Fernández:

Por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucha que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titular, por mucho que quiera enfatizarse ese carácter discrecional repudiando, incluso, el empleo mismo del término discrecionalidad para subrayar la libertad de decisión que extraña, como suele hacerlo la doctrina iuspublicista de nuestros días cuando, al referirse al legislador, prefiere aludir a su libertad de configuración (*gestaltungsfreiheit*) para evitar que ésta se confunda con la mera discrecionalidad administrativa, ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque también debe contar inexcusablemente con el apoyo de la razón para poder ser aceptado como un poder legítimo.⁴³

G. El derecho a la resistencia o desobediencia civil de los ciudadanos frente a los atentados ilegales contra sus derechos y libertades.⁴⁴ La Constitución portuguesa y la alemana 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”.

⁴³ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

⁴⁴ El derecho de resistencia se encuentra teorizado ya en Locke y en Rousseau, y recogido además en varios textos del primer constitucionalismo; cfr. Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, cit., pp. 53 y 71, nota 21.

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 jurisdicción constitucional se encuentra bloqueada o bien actúa subordinada a los demás poderes.⁴⁵

Dentro de los derechos y libertades personales se incluirían los siguientes:

A. *El derecho a la vida y la prohibición absoluta de la pena de muerte.*⁴⁶ Consagrar el derecho a la vida no significa, ni mucho menos, tomar parte sobre el delicado tema del derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo. Como me parece que se trata de un tema complejo y como no encuentro, para fijar mi propia postura, mejores palabras que las de Luigi Ferrajoli, creo que vale pena transcribir sus argumentos: Ferrajoli dice que

45 “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 los fundamentos para reclamar la obediencia a las normas jurídicas, Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998; 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?”, en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. III.

46 Véase lo dispuesto en el artículo 4o., párrafos 2-6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece diversas restricciones para los estados parte en materia de pena de muerte; la más importante de ellas quizá sea la de prohibir que los estados que han abolido la pena de muerte la puedan volver a implantar (tal es el caso de México, que no la tiene contemplada en sus disposiciones penales, con la excepción —lamentable— de las que siguen vigentes en el ámbito castrense). Existe también un Protocolo Facultativo a dicha Convención relativo a la pena de muerte, firmado en Asunción, Paraguay el 8 de junio de 1990 y en vigor desde el 28 de agosto de 1991.

el principio de autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto),

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 apropiarse de esa su personal potencia sometiéndola al control penal.⁴⁷

Por otra parte, en sentido estricto el derecho a la vida no puede convertirse, sin más, en un derecho al nacimiento, sino que se trata de un derecho de los ya nacidos, consistente en la existencia física y psicológica, así como la posibilidad de tener un modo de vivir humano.⁴⁸

47 “Igualdad y diferencia”, *cit.*, p. 86.

48 Sobre este punto, conviene revisar la polémica sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional español, incluyendo sus votos particulares; para el tratamiento doctrinal, de entre lo mucho que se ha escrito, puede empezarse por revisar, Balaguer, Francisco, Cámara, Gregorio y otros, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999, vol. II, pp. 78 y ss. 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 sobre 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) para ampliar considerablemente los li-

B. *El derecho a la integridad personal, tanto física como moral y la prohibición de la tortura.* Por tortura debe entenderse “todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin... (así como) la aplicación sobre una persona de métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.⁴⁹

C. *El derecho a la identidad personal, a la propia imagen, a la intimidad personal y familiar y al honor (incluyendo el derecho a la reputación y al buen nombre).*⁵⁰ Dentro del derecho a la intimidad debe comprenderse, entre otras cuestiones, el derecho al secreto del propio código genético, que no debe ser dado a conocer o comercializado bajo ningún pretexto.

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 quieran aplicarse, o incluso de la cultura más o menos democrática que tengan los jueces encargados de hacerlos valer en algunos casos concretos.

El Tribunal Constitucional español ha explorado en varias de sus sentencias el contenido del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Así, por ejemplo, el derecho al honor lo

mitados alcances de las cláusulas que sobre los derechos contienen las enmiendas del texto constitucional de 1787. Para el caso mexicano conviene revisar la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, en la acción de inconstitucionalidad 10/2000, resuelta los días 28 y 29 de febrero de 2002.

49 Artículo 2o. de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de septiembre de 1987).

50 La regulación internacional de una parte de estos derechos se encuentra, por ejemplo, en el artículo 17 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ha asociado con el derecho a la buena reputación; la doctrina apunta que tales conceptos tienen una “ambigüedad considerable” y pone de manifiesto la necesidad de ser entendidos en su proyección sobre ámbitos concretos de la realidad social, por ejemplo, el “prestigio profesional”.⁵¹

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. Dicho ámbito 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 personas que ostentan cargos públicos. En este último supuesto el ámbito personal de privacidad es especialmente reducido.⁵² Para el mencionado Tribunal Constitucional:

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

51 Cruz Villalón, Pedro y Pardo Falcón, Javier, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, enero-abril de 2000, núm. 97, p. 105; sobre algunos temas en torno a la titularidad del derecho al honor véase 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, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. III.

52 Cruz Villalón y Pardo Falcón, “Los derechos...”, *cit.*, pp. 105 y 106.

o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio...

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”.⁵³

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 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, tal como se hace en otros países.⁵⁴

D. El derecho genérico a la libertad, incluyendo las causas y modalidades bajo las que una persona puede ser privado de ella (prisión preventiva, requisitos para detenciones policiales, para órdenes de aprehensión, garantías del proceso penal, etcétera).

Convendría ser muy enfático en la imposibilidad de que las autoridades administrativas puedan efectuar la más mínima detención sin contar con una orden judicial, fuera de los casos de estricta flagancia, la cual además no podrá extenderse más allá

53 *Ibidem*, 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).

54 De entre la vasta literatura que existe sobre el tema, véase Muñoz de Alba, Marcia, “Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública”, *Estudios en homenaje a Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 571-609 y Azurmendi, Ana, *El derecho a la propia imagen*, 2a. ed., México, Fundación Buendía, UIA, 1998.

del momento material en que el sujeto se encuentre cometiendo el delito y al de su persecución inmediata.

Cualquier detención indebida, aparte de las sanciones penales a que pueda dar lugar, generará una responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, conforme a lo que sobre el tema se determine por ley. De esa forma, la persona afectada en su derecho a la libertad deambulatoria tendrá frente al Estado un derecho a ser indemnizado.

Un modelo de disposiciones constitucionales muy completas en el tema de la libertad personal y de las condiciones de detención se encuentra en varios de los párrafos del artículo 13 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que, entre otras cosas, dispone que los funcionarios de la ciudad se atienen a las siguientes reglas:

1. Nadie puede ser privado de su libertad sin una orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente, salvo caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez... 4. Toda persona debe ser informada del motivo de su detención en el acto, así como también de los derechos que le asisten. 5. Se prohíben las declaraciones de detenidos ante la autoridad policial. 6. Ningún detenido puede ser privado de comunicarse inmediatamente con quien considere... 9. Se erradica de la legislación de la ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos.

Un principio de libertad bien establecido en la Constitución debe precisar la presunción de inocencia y, en consecuencia, limitar de forma importante la posibilidad de la prisión preventiva. Sobre la presunción de inocencia Luigi Ferrajoli apunta que:

...—si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias— la presunción de inocencia no sólo es una garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si

se quiere de *defensa social*: de esa “seguridad” específica ofrecida por el Estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica “defensa” que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.⁵⁵

La restricción del uso de la prisión preventiva deriva del principio de presunción de inocencia, pero también de la idea iluminista de acuerdo con la cual solamente puede privarse de la libertad a una persona por orden judicial, luego de seguirle un juicio en el que se haya demostrado su culpabilidad. Como señala el mismo Ferrajoli:

El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también —es decir, sobre todo— por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas.⁵⁶

Para que la presunción de inocencia y la minimización de la prisión preventiva sean efectivas, deben encontrarse fórmulas de redacción del texto constitucional que hagan que tales principios no queden sujetos al arbitrio del legislador, ya que con ello estaría anulándose el principio de supremacía de la carta magna. No haría falta decirlo, sino fuera porque ese es justamente el caso del artículo 20 constitucional, que deja a la ley la determinación de los “delitos graves”; las personas acusadas por esos delitos no tienen derecho a la libertad caucional y deben enfrentar el proceso penal en prisión.⁵⁷ Es decir, el artículo 20 permite la li-

⁵⁵ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 549.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 559.

⁵⁷ También el artículo 18 constitucional se refiere a la prisión preventiva, la cual —señala este precepto— sólo podrá decretarse “por delito que merezca pena corporal; los que se encuentren en prisión preventiva permanecerán sepa-

bertad caucional, pero traspasa al legislador la facultad de determinar los casos en los que puede negarse; ¿es ésta una fórmula adecuada para preservar la tutela constitucional de la libertad?, ¿o se está rebajando la supremacía constitucional y poniendo a un derecho fundamental —el de libertad, nada menos— en manos del legislador ordinario? Parece que éste es un ejemplo del tipo de normas que debe evitar en el futuro el poder reformador de la Constitución.

Como una medida adecuada para reforzar el principio de libertad personal el propio Ferrajoli ha propuesto constitucionalizar una “reserva de Código Penal”. Esta reserva tendría un doble objeto: en primer término, que ninguna medida privativa de la libertad pudiera establecerse fuera del Código Penal; en segundo lugar, que el Código Penal fuera aprobado y reformado por una mayoría calificada en las cámaras legislativas. En palabras de Ferrajoli:

Esta reserva de Código habría de suponer que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el Código Penal o en el Procesal y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de *extrema ratio*. Una nueva codificación informada en el principio “todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos”, por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene

rados de quienes ya han sido sentenciados”. Desde luego, tales disposiciones forman parte del amplio elenco de normas constitucionales que tienen escasa aplicación.

una relevancia cuasiconstitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias.⁵⁸

Dentro del genérico derecho de libertad se comprende, desde luego, la libertad de tránsito, que quizá debería seguir teniendo (como sucede actualmente en el artículo 11 constitucional) una mención explícita.

E. *El régimen de la extradición, la expulsión y el asilo.* En este punto habría que derogar sin cortapisas el artículo 33 constitucional, que resulta directamente violatorio de diversos pactos internacionales de derechos humanos al discriminar a las personas en razón de su lugar de nacimiento y al negarles el elemental derecho de defensa ante los tribunales.⁵⁹ Por ningún motivo debería permitirse la expulsión de persona alguna por la autoridad administrativa; debería requerirse siempre de un mandamiento judicial (luego de haberse cumplido con las garantías del debido proceso legal) para poder proceder a una expulsión.

Sobre la regulación del asilo se han ensayado diversas fórmulas en el derecho constitucional contemporáneo. Una sencilla, aunque útil, es la contenida en el párrafo tercero del artículo 10 de la Constitución italiana de 1947: “Todo extranjero al que se impida en su país el ejercicio efectivo de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución italiana tendrá derecho de asilo en el territorio de la República, con arreglo a las condiciones establecidas por la ley”. Más parco es el párrafo primero del

58 “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México (en prensa).

59 Véase, por ejemplo, el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los artículos 5.2 y 7o. de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven, adoptada por la ONU en diciembre de 1985, y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en vigor para México desde el 23 de junio de 1981.

artículo 16-A de la Constitución alemana de 1949, que se limita a señalar: “Los perseguidos políticos gozarán del derecho de asilo”.⁶⁰

Parece difícil de sostener la universalidad de los derechos y su carácter de protecciones esenciales para todos los seres humanos, si dichas protecciones son negadas a las personas que se encuentran en la peor situación de todas: aquellas que no solo no cuentan con la protección de su Estado, sino que son perseguidas y violentadas por éste. La desprotección en que se encuentran en todo el mundo los refugiados, los apátridas, los inmigrantes ilegales, los “sin papeles”, viene a poner en crisis la universalidad de los derechos y suministra un argumento más para desvincularlos del concepto de ciudadanía y soberanía.⁶¹

En este contexto, y al margen de las reformas constitucionales que se proponen en la materia, los países democráticos tendrían que poner en marcha de inmediato políticas generosas de asilo, compatibles con el discurso sobre la universalidad de los derechos. Para ello debería contemplarse dentro del régimen constitucional del asilo (y del estatus de los extranjeros en general) la posibilidad de considerar como asilados a personas que salgan de sus países por motivos simplemente humanitarios, es decir, no por persecuciones políticas o religiosas, sino por las miserables condiciones económicas en las que se encuentran obligados a sobrevivir en sus naciones de origen, por la negación, en suma, de los derechos sociales, económicos y culturales.

La emigración humanitaria es una realidad de nuestros días y México, que en este punto tiene la doble experiencia de haber recibido en el pasado muchos inmigrantes y de ser actualmente uno de los países que mayores flujos de emigrantes tiene en el mundo (hacia Estados Unidos, principalmente), debe hacerse cargo de ello a través de una generosa política constitucional hacia

60 Véase, también, el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

61 En este sentido, Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, cit., pp. 397 y ss.

los inmigrantes y hacia los que quieran obtener asilo, como condición primera para lograr luego un total reconocimiento de su estatus como ciudadanos.⁶² Para dar un simple dato acerca de la importancia de las migraciones basta decir que para 1995 se estima que llegaron a Europa entre 26 y 30 millones de migrantes.⁶³ En este contexto, es necesario precisar constitucionalmente la obligación de conceder el asilo por razones humanitarias.

F. La inviolabilidad del domicilio⁶⁴ y *de todas las comunicaciones —no solamente las postales— privadas*.⁶⁵ *Me parece que en la actualidad ya no hay justificación para que en el texto constitucional aparezcan prevenciones como la establecida en el último párrafo del artículo 16 constitucional, que establece lo siguiente: “En tiempos de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente”; es un ejemplo del tipo de contenidos constitucionales que deben ser derogados para modernizar las disposiciones de la carta fundamental.*

62 Algunas consideraciones generales sobre las “políticas de reconocimiento” de los inmigrantes y de sus formas de integración en las sociedades democráticas pueden verse en Kymlicka, Will, “Le sfide del multiculturalismo”, *Il Mulino*, Milán, núm. 2, 1997, pp. 199 y ss. Sobre el tema, véanse también los trabajos de Giorgio Agamben, “Política del exilio” y de Remo Bodei, “Los sin patria”, ambos en Silveira Gorski, Héctor C. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000. Un comentario más amplio en relación con los inmigrantes, las políticas de asilo y la universalidad de los derechos fundamentales puede verse en Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio*, cit., capítulo I.

63 PNUD, *Informe sobre desarrollo humano 2000*, Barcelona, Ediciones Mundi-Prensa, 2000, p. 42.

64 Sobre este derecho, González Trevijano, Pedro, *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992.

65 Sobre este punto, Martín Morales, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995 y Jiménez Campo, Javier, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 20, mayo-agosto de 1987.

Un modelo de redacción constitucionales de estos derechos se encuentran en el artículo 18 de la Constitución española, que establece en sus párrafos 2 y 3 que: “2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito; 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

Las comunicaciones que se encuentran protegidas son las transmitidas por cualquier vía⁶⁶ y con independencia de su contenido,⁶⁷ incluyendo las que se generen mediante el uso de nuevas tecnologías como el internet. Nadie puede revisar la correspondencia electrónica que circule por la red; ninguna autoridad y ningún particular puede violar ese sector de la privacidad de las personas, protegida por el secreto de las comunicaciones.⁶⁸

Obviamente, el secreto de las comunicaciones puede ser interrumpido por un mandamiento judicial, que puede emitirse cuando existan elementos racionales que hagan presumir la posible comisión de un delito, o cuando sea un medio indispensable para investigar dicha posible comisión. Solamente la autoridad judicial, bajo su más estricta responsabilidad, puede emitir una orden para interceptar una comunicación privada. Por ningún motivo y bajo ningún supuesto una autoridad administrativa puede realizar tal interceptación, ni siquiera en casos de urgencia o de delincuencia organizada. No hay salvedad alguna en este supuesto: las comunicaciones privadas se tutelan constitucionalmente y su

66 Véase Martín Morlaes, *El régimen constitucional...*, cit., pp. 44 y ss.

67 Sobre el punto del contenido de las comunicaciones para efectos de su protección constitucional, el Tribunal Constitucional español ha determinado que “el concepto de ‘secreto’ en el artículo 18.3 (de la Constitución española) tiene un carácter ‘formal’, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (Sentencia 114/1984, fundamento jurídico 7).

68 Sobre este supuesto véanse las observaciones de Carrillo, Marc, “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la ley”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 36, noviembre de 1999, pp. 72-74.

limitación queda —en un caso extremo y por tanto excepcional— en manos de los jueces, nunca de una autoridad diferente.

Como apunta Ricardo Martín Morales:

Hoy día, en las sociedades posindustriales altamente tecnificadas, la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones adquiere una especial relevancia ante la extraordinaria facilidad tecnológica para la interceptación de todo tipo de comunicaciones. A ello hay que añadir los aportes tan “ventajosos” que esta actividad ilícita comporta en una sociedad donde la información es poder: ventajas electorales, bursátiles, etcétera.⁶⁹

*G. El derecho a la preservación de los datos derivados del tratamiento informático de la información (la prohibición de comercializar bases de datos estadísticos u oficiales o la limitación del acceso a ficheros o registros informatizados de carácter oficial).*⁷⁰ Como consecuencia de este derecho, algunos textos constitucionales prevén la posibilidad de que los interesados puedan tener acceso y consultar bases de datos que contengan información sobre su persona o sobre sus bienes. Así, por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece que:

Toda persona tiene, mediante una acción de amparo, libre acceso a todo registro, archivo o banco de datos que conste en organismos públicos o en los privados destinados a proveer informes, a fin de conocer cualquier asunto sobre su persona, su fuente, origen, finalidad o uso que del mismo se haga.

También puede requerir su actualización, rectificación, confidencialidad o supresión, cuando esa información lesione o restrinja algún derecho.

El ejercicio de este derecho no afecta el secreto de la fuente de información periodística.⁷¹

69 *El régimen constitucional...*, cit., p. 22.

70 Véase Muñoz de Alba, “Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública”, cit.

71 Véase, también, el artículo 5o., fracción LXXII de la Constitución brasileña.

H. *La libertad de expresión y derecho a la información.* Se deberán precisar los derechos de réplica y el de obtener una indemnización por daños y perjuicios en caso de informaciones falsas (no simplemente erróneas, por supuesto) que se hayan transmitido en los medios y que hayan podido violar algún derecho fundamental.

Para la regulación del derecho a la información en su vertiente de acceso a la información pública,⁷² tal vez podría atenderse a lo establecido en el artículo 5o., fracción XXXIII de la Constitución brasileña, cuyo texto es el siguiente: “Todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán facilitadas en el plazo señalado en la ley, bajo la pena de responsabilidad, salvo aquellas cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado”.

Sobre el derecho de rectificación o derecho de réplica cabe recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 14 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...

El mismo 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 artículo que se acaba de transcribir así como los significados y consecuencias del derecho en cuestión.⁷³

⁷² Para el caso mexicano hay que atender a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2002.

⁷³ Se trata de la opinión consultiva 7/86 de la Corte, consultable en García

I. *La libertad de prensa y la de los medios de comunicación.* La libertad de prensa debe incluir la llamada “cláusula de conciencia” de los periodistas y el acceso de éstos a la dirección editorial de los medios en los que trabajen; también debe garantizarse el secreto profesional de los informadores.⁷⁴

La libertad de los medios de comunicación implica, entre otras cuestiones, que no se necesitarán licencia o permiso previos para fundar un medio de comunicación de cualquier tipo. En el caso de aquellos medios que ocupen el espacio radioeléctrico, deberán atenderse los requerimientos técnicos necesarios para acomodar las distintas frecuencias asignadas a cada medio.⁷⁵

Para asegurar la libertad y el uso correcto de los medios de comunicación, pero también para lograr un muy deseable pluralismo mediático,⁷⁶ habría que disponer las siguientes tres medidas concretas:⁷⁷ a) la creación de una televisión y una radio públicas,

Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., pp. 997 y ss. Para el tratamiento teórico del tema puede verse 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, pp. 159 y ss. En España el derecho de réplica ha sido regulado legislativamente por la Ley Orgánica 2/1984, a la que vale la pena remitirse para profundizar en el estudio de ese derecho.

74 Al respecto, véanse los artículos 20.1, inciso D de la Constitución española y 5o., fracción XIV de la Constitución brasileña.

75 Sobre la libertad de crear medios de comunicación véase Bastida, Francisco J., *La libertad de antena*, Barcelona, Ariel, 1990. Para un análisis de la situación en México, Carbonell, Miguel, “Notas sobre el régimen constitucional de los medios electrónicos de comunicación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 104, mayo-agosto de 2002. La evolución jurisprudencial que se ha dado en España puede consultarse en Bastida, Francisco J. y Villaverde, Ignacio, *Libertades de expresión y medios de comunicación. Pronuario de jurisprudencia constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

76 Véase Rallo Lombarte, Artemi, *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

77 Estas propuestas han sido expuestas, con mayor detenimiento, en Carbonell, Miguel, “Construir el pluralismo”, en Varios autores, *Derechos humanos y derecho a la información. Estudios en homenaje a Mario de la Cueva*, Mé-

que informen sobre cuestiones de interés general, con total imparcialidad y objetividad; b) la creación de un “Consejo de lo Audiovisual” que se constituya como un órgano constitucional autónomo y cuyos integrantes reflejen la pluralidad político-partidista de las Cámaras del Congreso (asumiendo la misma proporcionalidad en la confección de su órgano directivo, por ejemplo); este Consejo tendría como funciones la asignación de las frecuencias radiales y televisivas y la regulación de los medios—incluyendo los públicos—, así como la administración de los tiempos que tendría reservados el Estado (que deberían ser notablemente inferiores a los actuales al contar con sus propios medios de comunicación),⁷⁸ y c) garantizar el acceso a los medios masivos de comunicación, en términos de absoluta igualdad respecto del gobierno, a los partidos de oposición para que puedan dar a conocer sus propias propuestas y, en su caso, desmentir o cuestionar las informaciones que se generen desde los poderes públicos.⁷⁹

xico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 287-298. En ese libro conviene también revisar los trabajos de Marc Carrillo, Jorge Carpizo y Enrique Cáceres sobre el tema de la cláusula de conciencia de los comunicadores.

78 En el mismo sentido, Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998; *ibidem*, *Derecho mexicano de la información*, México, Oxford University Press, 2000. En Francia se ha desarrollado con buen éxito la institución del “Consejo Superior de la Audiovisual”, que es el modelo en el que suelen inspirarse la mayoría de propuestas en ese sentido; sobre el punto Rallo Lombarte, Artemi, “La garantía del pluralismo informativo en Francia: el *Conseil Supérieur de l’audiovisuel*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 59, mayo-agosto de 2000, pp. 93 y ss.

79 Sobre este último punto, el artículo 40.2 de la Constitución portuguesa dispone que: “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 prorratearán 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”.

Estas tres medidas deben simplemente enunciarse en el texto constitucional, para luego ser desarrolladas por vía legislativa.

J. *La libertad de conciencia, de religión y de culto.*⁸⁰ El Estado mexicano debe mantenerse neutral con respecto a cualquier religión, tolerando toda manifestación que no vaya en contra de los derechos fundamentales o de las leyes penales. La libertad de conciencia debe dar lugar al nacimiento de la “objeción de conciencia” con respecto al cumplimiento de leyes que puedan involucrar la condición moral de los obligados por dichas normas; tal podría ser el caso del servicio militar.⁸¹

El artículo 5o. de la Constitución brasileña de 1988 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.

K. *La libertad de creación artística y cultural, así como las libertades de enseñanza, aprendizaje e investigación.* La enseñanza pública no podrá ser confesional, ni guiarse por posiciones filosóficas, estéticas, políticas o ideológicas del gobierno en turno. En esa medida, los planes y programas de estudio de la

80 Para una primera aproximación al tema, Soberanes Fernández, José Luis, *El derecho de libertad religiosa en México (un ensayo)*, México, Porrúa-CNDH, 2001.

81 Véase, por ejemplo, Cámara Villar, Gregorio, *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Madrid, Civitas, 1991.

educación obligatoria (la señalada en el artículo 3o. constitucional) serán confeccionados tomando en cuenta la opinión de los padres y de los expertos de la comunidad en materia educativa.

L. *La libertad de reunión, manifestación y asociación.* Las reuniones tuteladas constitucionalmente deben ser pacíficas y sin armas. No se requerirá en ningún caso de autorización para reunirse o manifestarse, pero podrá exigirse una previa notificación si la manifestación transcurre por lugares públicos y pueda lugar a la vulneración de otros derechos fundamentales (como la libertad de tránsito, por ejemplo).⁸²

El derecho de reunión se encuentra, como ha señalado el Tribunal Constitucional español (sentencia 85/1988), a medio camino entre la libertad de expresión y el derecho de asociación. 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 tiene que haber más de dos sujetos. La reunión supone un ámbito temporal transitorio en el ejercicio del derecho, pues una reunión de carácter permanente se asemejaría más, seguramente, a una 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, grupos que tengan una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes; para constituir lo que Kelsen llamaría un “centro de imputación de derechos y obligaciones”, con el objeto que ellos libremente determinen.⁸³

La diferencia entre ambas libertades consiste sobre todo en la duración de los efectos que conlleva el ejercicio de una y otra. Mientras 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

82 Véase, por ejemplo, el artículo 21 de la Constitución española.

83 Para un primer acercamiento a las limitaciones del derecho de asociación, Vírjala Foruria, Eduardo, “Las asociaciones inconstitucionales”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UCM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. III.

con efectos temporales más extendidos, en la medida en que se crea una personalidad jurídica distinta de la de los 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 Sociales, Económicos y Culturales (artículo 8o.), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículos 15 y 16) y el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical.

M. *La libertad de trabajo y de acceso a la función pública.* Por lo que hace a este último derecho, todas las personas podrán, en principio, acceder en términos de igualdad y libertad a la función pública, con las modalidades que se creen en orden al principio de igualdad sustancial. Todos los cargos públicos estarán sujetos a concurso, salvo aquellos en los que, por su peculiar naturaleza, la ley o la Constitución dispongan otra cosa. Con esto podría crearse una garantía institucional suficiente —que en cualquier caso deberá ser desarrollada por la legislación ordinaria— para crear con carácter general el servicio civil de carrera, tan necesario para mejorar a nuestra deficiente administración pública.⁸⁴

IV. CUESTIONES GENERALES

Además de las anteriores cuestiones, hay otras, de carácter más general, que conviene tener en cuenta al momento de intentar realizar una reforma integral a la parte relativa a los derechos fundamentales. Entre ellas se encuentran las siguientes:

- 1) Se debe ser muy cuidadoso al momento de llevar a cabo la enunciación constitucional de los límites a los derechos fundamentales; referencias como las hasta hoy existentes a

84 Al respecto, Carbonell, José, *El fin de las certezas...*, cit., pp. 209-213.

“la moral”, la “vida privada”, el “orden público” o el “breve término” pueden suponer, en los hechos, pautas para que las autoridades hagan nugatorios los derechos. Se trata de conceptos extremadamente abiertos que maximizan las posibilidades de que los poderes Ejecutivo y Judicial ejerzan una muy amplia discrecionalidad; son compuertas directas, como se ha podido comprobar en México desde hace años, a la corrupción.

- 2) Hay algunos “derechos” que quizá tuvieron alguna justificación en el pasado, pero que son difícilmente defendibles en la actualidad. Tal es el caso de la disposición establecida en el artículo 10 constitucional que se refiere a la posesión de armas en el domicilio. El mismo precepto, en su última parte, remite a la ley la determinación de los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar la portación de armas. La experiencia reciente demuestra que tales autorizaciones han causado graves problemas de seguridad pública y son fuente inagotable de actos de corrupción, ¿no sería mejor quitar del texto constitucional este tipo de contenidos?

En esta misma lógica, quizá habría que derogar el párrafo segundo del artículo 1o., referido a la prohibición de la esclavitud. Se trata de un tema que quizá pudo haber tenido algún interés en el pasado, pero que ya no tiene tanta relevancia en el presente. Además, la prohibición de la esclavitud ya se encuentra comprendida en otros preceptos (por ejemplo, aquellos en los que se tutela la libertad de trabajo o la libertad deambulatoria).

Tal vez en el mismo supuesto de desactualización se encuentre el artículo 12 que se refiere a los títulos de nobleza y las prerrogativas y honores hereditarios. Quizá fuera razonable para un texto constitucional del siglo XIX, pero es poco útil en un texto del siglo XXI que aspira sobre todo a contener normas jurídicas que reflejen la ordenación fundamental de la sociedad.

- 3) Por otro lado, también debería matizarse la prohibición de la retroactividad en perjuicio recogida en el párrafo primero del artículo 14. Obviamente, que las leyes solamente puedan actuar hacia el futuro es un requisito para contar con un mínimo de seguridad jurídica, pero creo que tendría que repensarse el carácter absoluto de la prohibición que establece el precepto mencionado. En una época en que el equilibrio ambiental se ha vuelto tan precario, el mantener situaciones lesivas para el medio ambiente en virtud de la imposibilidad de actuar sobre los “derechos adquiridos” (para utilizar la terminología que recoge la jurisprudencia de la Suprema Corte) parece poco razonable. Se trata solamente de un ejemplo, pero con seguridad podrían citarse algunos otros igualmente importantes. Lo que es cierto es que habría que encontrar alguna fórmula que permitiera actuar sobre situaciones consolidadas que pudieran constituir un riesgo objetivo para algún otro derecho fundamental (como el derecho al medio ambiente, en el supuesto mencionado).

V. UNA REFLEXIÓN FINAL

El correcto establecimiento de los derechos fundamentales, su buena redacción y sistematización, pueden constituir un paso importante para el desarrollo y tutela de los mismos, pero servirán de muy poco si, junto a ellos, no se establece un sistema igualmente eficaz y correcto de garantías. Hoy en día el reto fundamental de los derechos no se encuentra en su establecimiento sino en los modos en que pueden ser garantizados. Y esto no podrá nunca lograrse si no se asumen una serie de compromisos cívicos y políticos que hagan de los derechos una de las tareas fundamentales del Estado mexicano, o mejor, su *tarea fundamental*, en singular.

Antes de terminar, quisiera llamar la atención sobre tres aspectos en los que incide lo anterior:

- 1) En primer lugar, tal como ya se ha hecho en la parte final del capítulo primero, debe destacarse el papel esencial que tiene la ciencia jurídica, la labor de los especialistas, en la preservación y tutela de los derechos. Esto supone una gran responsabilidad que implica, entre otras cuestiones, que la ciencia del derecho debe dejar de ser meramente descriptiva para poder generar una suerte de *paradigma crítico* que ponga en evidencia la precaria situación que se vive en muchos países de América Latina en el tema de los derechos.⁸⁵ Ferrajoli dice que esta tarea puede concretarse en la crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; en la reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquella; en el análisis de las antinomias y de las lagunas;⁸⁶ y en la elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales. El mismo autor concluye que:

De aquí se sigue una responsabilidad para la cultura jurídica y politológica, que implica un compromiso tanto más fuerte cuanto mayor es esa divergencia, y por consiguiente el cometido de dar cuenta de la ineffectividad de los derechos constitucionalmente estipulados. Es una paradoja epistemológica que caracteriza a nuestras disciplinas: formamos parte del universo artificial que describimos y contribuimos a construirlo de manera bastante más determinante de lo que pensamos. Por ello, depende también de la cultura jurídica que los derechos, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, sean tomados en serio, ya que no son sino sig-

85 En general sobre la función crítica de la ciencia jurídica Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

86 Sobre las antinomias y lagunas, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001, capítulo IV; *ibidem.*, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 215 y ss.; Prieto, Luis, "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación", *Cuadernos de derecho público*, Madrid, septiembre-diciembre de 2000, pp. 9-30.

nificados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad.⁸⁷

- 2) Una segunda cuestión importante es destacar que la lucha por los derechos es, simultáneamente, una lucha por el Estado, que parece ser el único instrumento que la racionalidad del mundo moderno se ha dado para hacerlos efectivos.⁸⁸ Desde esta óptica, quizá el mejor modelo de Estado para proteger los derechos no sea muy parecido al “Estado mínimo” que propugna la visión neoliberal, sino más bien un Estado *eficiente*, que cuente con los recursos, las estructuras y las facultades necesarias para llevar a cabo sus tareas irrenunciables, y que permita conseguir una “democracia sustentable”.⁸⁹
- 3) Por último, también debe ponerse de manifiesto que la mejor garantía de los derechos que tienen los ciudadanos se encuentra en la misma sociedad. Como señala Gerardo Pisarello,

...finalmente, más allá de las técnicas (como el constitucionalismo) que puedan idear para protegerse, las sociedades no cuentan al final con otra garantía que consigo mismas. Sólo esa permanente voz de alerta, emitida desde los más diversos intersticios del tejido social, puede despertar a América Latina de la pesadilla de la arbitrariedad y el atropello y obligarla a reemprender, con un sentido más humano, el noble sueño de un Estado social y democrático de derecho al servicio de todos los hombres y mujeres que la habitan.⁹⁰

87 “Derechos fundamentales”, *cit.*, p. 68.

88 Pisarello, Gerardo, “Estado de derecho y crisis de la soberanía en América Latina: algunas notas entre la pesadilla y la esperanza”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Alicante, Universidad de Alicante, 2000.

89 Przeworski, Adam *et al.*, *Democracia sustentable*, Buenos Aires, Paidós, 1998.

90 “Estado de derecho y crisis de la soberanía...”, *cit.*, p. 83.

Esto requiere ir pensando en sistemas garantizadores de los derechos que supongan una multilateralidad de actores. Reducir la temática de la protección de los derechos solamente a las tensiones y relaciones entre Parlamento y jurisdicción constitucional —como hacen los modelos clásicos— parece insuficiente.⁹¹

Del mismo modo, entender que las únicas que pueden violar los derechos fundamentales son las autoridades, implica una concepción restringida que parece no ser del todo útil en las condiciones actuales de nuestra realidad político-jurídica. De ahí la necesidad de extender el paradigma garantista hacia los poderes privados —caminando hacia un constitucionalismo *de derecho privado*— que permita regular, controlar y disminuir a *todos* los poderes, no solamente los tradicionales poderes públicos.⁹² Las técnicas de control de los poderes privados y lo que se ha llamado la protección *horizontal* de los derechos —frente a particulares— es algo que la doctrina contemporánea ha explorado con alguna profundidad y sobre lo que hay ya propuestas muy concretas y articuladas que están listas para ser incorporadas a nuestros ordenamientos jurídicos;⁹³ además de que supone, tal como ha quedado explicado en el capítulo primero, una de las condiciones de “constitucionalización” del ordenamiento jurídico.

91 Sobre esto ha insistido también Gerardo Pisarello, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 41, julio de 2001, p. 10.

92 Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado. Para un constitucionalismo de derecho privado”, en Varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

93 Véase, por ejemplo, Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000 y Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, CEPC, 1997.